

ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE DERECHO  
COMPARADO SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS.  
EL CASO CHILENO: RECORDATORIO Y PARALELO  
AD PORTAS DE UNA NUEVA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL<sup>1</sup>.

**Estefanía Esparza Reyes.**

*Doctora en Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha,  
Abogada UCT, Chile.*

**SUMARIO**

*Introducción.*

- 1. Consagración histórica del derecho a la vida.*
- 2. El concepto de vida humana.*
  - 2.1. El inicio de la vida y la personalidad.*
- 3. El derecho a la vida del nasciturus.*
  - 3.1. El derecho a la vida desde su objeto, la finalidad de la protección.*
- 4. La disposición de la vida y del derecho a la vida.*
  - 4.1. La disposición del derecho a la vida.*
  - 4.2. Disposición de la vida humana.*
- 5. ¿Tiene límites el derecho a la vida?*

*1 Este artículo constituye una versión más amplia del trabajo de investigación realizado para la materia de "Bioética" en el Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha durante el año 2009.*



## *II. Aspectos fundamentales del análisis específico del derecho a la vida en Chile.*

*1.1. El derecho a la vida en la Constitución Política de la República y en la legislación chilena.*

*1.2. Protección del derecho a la vida y la vida del nasciturus en Chile.*

*2. El derecho a la vida y el nasciturus en Chile a través del fallo 740-2008 del Tribunal Constitucional chileno, sobre la distribución de la denominada píldora del día después.*

*2.1. Resolución del Tribunal Constitucional chileno.*

*2.3. Breve referencia al voto particular disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake.*

*Conclusión.*

*Bibliografía.*

### ***Introducción.***

En estos días, cuando ha vuelto a ponerse sobre la mesa en España la discusión sobre los límites al aborto, parece necesario recordar algunos aspectos relevantes de la protección de la vida del *nasciturus*.

En tal sentido, la vida humana constituye una preocupación constante para la Humanidad, así ha sido estudiada desde los distintos conocimientos o saberes y aunque la Ciencia Jurídica no es en ningún caso ajena a este fenómeno, generalmente se ha ocupado de sus mecanismos de protección a través de los derechos, en este caso particular del derecho a la vida.

Los avances científicos han ido contribuyendo paulatinamente a resolver ciertos aspectos relevantes en relación a la vida humana, sin embargo existen otros temas que sólo tienen solución a la luz de las creencias religiosas, morales o filosóficas, las cuales en este tema se mezclan y parecen confundirse, circunstancia que dificulta de manera considerable la rigurosidad terminológica y conceptual en el tratamiento de este derecho en particular, según se verá.

### ***1. Consagración histórica del derecho a la vida.***

Si bien se encuentran escritos de los filósofos griegos clásicos sobre el derecho a la vida y ha sido protegida con mayor o menor rigor a la largo de la historia, la primera alusión directa a él en un texto político-jurídico se encuentra en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, la cual impedía ser privado de la vida sin un debido proceso legal, sin embargo serían las Constituciones, Pactos y Declaraciones Internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las cuales frente a los atroces atentados a los Derechos Humanos cometidos, deciden consagrarlo masivamente en forma expresa<sup>2</sup>. Esto no debe conducir a pensar que con anterioridad a esta inclusión en las normas fundamentales no existía ningún resguardo, muy por el contrario, su protección se subentendía como un derecho tan primordial que no era necesaria su consagración expresa.

<sup>2</sup> Así DIEZ PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Editorial Aranzadi, Madrid, 2005, pág.215 y VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994, págs. 191 y 192.

## **2. El concepto de vida humana.**

En general los autores no entregan definiciones sobre el concepto de vida humana, se limitan en algunos casos a decir que se trata de un proceso biológico que comienza con la concepción y termina en la muerte, mientras que en otros sólo entregan características de la misma. Los textos se han dedicado a dar pautas sobre lo que entienden por derecho a la vida humana y aún en forma escueta, sobre el contenido de este derecho<sup>3</sup>.

Interesante resulta a este respecto que haya sido el tribunal constitucional español, en la STC 53/1985 de 11 de abril quien se ha atrevido a entregar una "noción" sobre la vida humana y no en forma precisa los autores, así entiende que la vida "es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y termina con la muerte"<sup>4</sup>, circunstancia que más allá del contenido de la definición que no entrega mayor sustancialidad, resulta al menos destacable dicho empeño.

En este sentido, algunos autores han indicado su relación con las propias concepciones religiosas y manifiestan algunas de sus características, así unos entienden que la vida "es obra de Dios", distinguiendo entre la vida espiritual y corporal, el "complemento sustancial del alma espiritual", es una obligación moral, ya que se constituye en "el deber de vivir para cumplir el destino que Dios nos da"<sup>5</sup>, entendiendo que la vida humana tiene un componente religioso trascendental, en el sentido que dios ha creado la vida y el fin último de ella es obedecerle. Con una opinión similar Enrique Evans señala que la vida es "el don primario que Dios ha dado al hombre"<sup>6</sup>. Estas concepciones tienen importantes consecuencias, principalmente respecto de la posibilidad de disposición (propia o ajena) de la vida ¿Se podría disponer de un bien que no nos pertenece?.

3 Una excepción en este sentido lo constituye José Luis Cea Egaña, quien al referirse a la vida humana natural la entiende como "la fuerza o actividad interna sustancial mediante la que obra el ser que la posee", definición que lamentablemente carece de contenido material, CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pág.94.

4 Demás está decir que la vida humana ha tenido un sentido distinto de acuerdo a la rama de estudio que la aborde, no será lo mismo para un genetista, un médico, un filósofo, un teólogo o un jurista y es en estos conceptos donde además se ponen de manifiesto las concepciones más íntimas, referidas principalmente a creencias de índole religiosa, en este sentido y aún en forma específica entregando distintas nociones de vida, MARÍN GÁMEZ, José Ángel: *Aborto y Constitución*. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, págs. 111 y ss.

5 UGARTE GODOY, José Joaquín: "El Derecho a la Vida y la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N° 3. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006, págs. 509- 537.

6 EVANS, Enrique: *Derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pág. 113.

Otra característica que se ha entregado generalmente y en muchos casos basada en que las Constituciones española y chilena los consagran conjuntamente, es la estrecha relación entre la vida humana y la integridad, sea ésta física, psíquica o moral, la íntima conexión entre ambos conceptos y en algunos casos la completa identificación, así en las actas de la comisión de estudios para la nueva constitución de Chile se dejó constancia que se pretendía proteger la vida realmente humana, la cual "si no va acompañada del derecho a la integridad física y psíquica no asegura una vida que valga la pena vivirla"<sup>7</sup>.

De este modo, se tiende a confundir la vida humana con el derecho a la misma, así Ugarte plantea que "el derecho a la vida comprende el derecho a la integridad física y psíquica"<sup>8</sup>. Por otra parte Mario Verdugo plantea que los atentados a la integridad física, tales como la mutilación serían atentados contra vida<sup>9</sup>. Existen otros autores que plantean que la vida y la integridad son muy distintas, así se podría afectar una sin vulnerar la otra, por ejemplo cuando se mutila alguien sin matarlo<sup>10</sup>.

En un sentido similar, se ha asociado el derecho a la salud al derecho a la vida y a la existencia de un mínimo vital para la subsistencia. En el primer caso nuevamente, según se verá tienden a superponerse derecho subjetivo y objeto de protección, mientras que en el segundo, al menos en el caso español ha sido asociado a la dignidad humana, al Estado Social y Democrático de Derecho<sup>11</sup> y en algunos casos a la igualdad<sup>12</sup>. De este modo, el mismo tribunal constitucional español en la sentencia recientemente aludida ha dejado en evidencia la estrecha relación entre el derecho a la vida y la dignidad como punto de arranque de todos los derechos.

Con todo, un aspecto destacable de lo anteriormente dicho es que tal como suele ocurrir en muchísimos casos relativos a los Derechos Fundamentales, el

7 Comisionado Alejandro Silva Bascañán. Sesión N° 87, 14 de Noviembre de 1974.

8 UGARTE GODOY, José Joaquín: "El derecho a la Vida y la Constitución". Op. Cit. Pág. 517.

9 VERDUGO MARINKOVIC, Mario, et alt: *Derecho Constitucional*. Op. Cit. Pág. 198.

10 Así, FIGUEROA GARCIA - HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida " en *Revista Ius Et Praxis*. Año 14, N° 1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, Talca, Chile, 2008, págs. 261-300.

11 Así por ejemplo la jurisprudencia del tribunal constitucional español en la STC 32/1981 de 31 de julio.

12 Algunos autores estiman que este "mínimo vital " se asociaría a una "igualación para competir ", una forma de entender la igualdad, aunque se reconoce su estrecha vinculación con la dignidad, CARMONA CUENCA, Encarnación: "El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional " en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 82, Abril/Junio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 283 y 284.

derecho a la vida no se encuentra exento de la confusión entre la protección y el bien jurídico que se pretende resguardar, circunstancia que es necesario dejar en evidencia.

## 2.1. El inicio de la vida y la personalidad.

Entre los autores chilenos, salvo contadas excepciones<sup>13</sup>, no se menciona expresamente que la vida humana comienza al momento en que se unen los gametos femenino y masculino, sin embargo puede deducirse del hecho de reconocerle derecho a la vida al *nasciturus* desde la concepción misma, pues carecería de sentido proteger el derecho la vida de un ente que no tiene ésta última.

De un modo similar, en ocasiones se hace alusión al inicio de la persona humana indicando que comienza con la fecundación<sup>14</sup>, afirmación que es compartida solo por corrientes minoritarias, tanto en el mundo cuanto en España<sup>15</sup>. En efecto, la Corte Interamericana ha establecido que solo habría concepción en el momento de la implantación, más no al momento de la fecundación<sup>16</sup>, entregando una interpretación amplia del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva, en el caso de los autores chilenos se desconoce si estiman que hay vida humana porque se es persona desde la concepción o si se es persona porque hay vida y es precisamente aquí donde comienza a manifestarse la primera gran diferencia entre la protección del *nasciturus* entre el sistema jurídico chileno y español, puesto que el tribunal constitucional español en la cono-

<sup>13</sup> Como Juan Pablo Beca y el fallo del tribunal constitucional chileno que se analizará más adelante. BECA FREI, Juan Pablo: "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal constitucional chileno relativo a la distribución de la píldora del día después " en *Revista Ars Médica* N° 17, Facultad de Medicina Pontificia Universidad católica de Chile, Santiago de Chile, 2008, págs. 203-209.

<sup>14</sup> Así por ejemplo, UGARTE GODOY, José Joaquín: "El Derecho a la Vida y la Constitución ". Op. Cit., como la mayoría de los autores consultados.

<sup>15</sup> En este sentido DE LA MATA PIZANA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español" en *Ars Iuris*, N° 38, Instituto Panamericano de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Ciudad de México, 2007, pág. 67 y HERRERA JARAMILLO, Francisco José: *El Derecho a la vida y el aborto*. Ediciones Universidad de Navarra., Pamplona, 1984, págs. 152 y ss.

<sup>16</sup> Caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" de 28 de noviembre de 2012.

<sup>17</sup> Artículo 4.1 CADH: " 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."

cida STC 53/1985 de 11 de abril, reconoció expresamente que el *nasciturus* no es una persona ni tampoco titular del derecho a la vida, afirmación, que sin embargo, no es compartida por todos los autores<sup>18</sup>.

Con todo, encontramos otros textos que sí se refieren expresamente al inicio de la vida y la personalidad, así siguiendo a Felipe de la Mata Pizaña<sup>19</sup>, se ha planteado que el inicio de la persona, en este caso la vida humana, puede estudiarse desde dos distintas disciplinas: la Filosofía y la Ciencia<sup>20</sup>, concluyendo que tanto desde la Filosofía, cuanto desde la Ciencia se obtiene la misma conclusión, a saber: que el cigoto sería persona.

En este punto es necesario destacar que existe gran confusión entre los autores respecto de dos cuestiones: En general utilizan indistintamente los conceptos de vida humana y derecho a la vida, realidades sumamente distintas, por una parte la primera es un concepto biológico o filosófico, según la forma de plantearlo, que involucra múltiples procesos biológicos, sociales e intelectuales y susceptible de abordarse desde diversas áreas de conocimiento, en cambio el derecho a la vida es una noción eminentemente jurídica. En segundo término varios autores, particularmente chilenos, aunque también otros españoles, hacen sinónimos sin mayor justificación la vida humana en sentido biológico o filosófico, es decir, no como derecho sino como realidad material con la personalidad. Este planteamiento resulta cuestionable a todas luces desde varias perspectivas, así debido a que nada asegura que sólo por el hecho de tener vida se es persona, es necesario

<sup>18</sup> Así por ejemplo ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: "Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad" en *Revista de Derecho Político* N° 53, UNED, Madrid, 2002, págs. 337-358.

<sup>19</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". Op. Cit., págs. 60 y ss.

<sup>20</sup> Respecto de la Filosofía, señala el mismo autor que la conclusión será que la vida comienza en la concepción, así los seres humanos están compuestos de tres elementos: sustancia (no accidente), individualidad y racionalidad, los que también posee el cigoto, de ahí deduce que es persona desde una perspectiva filosófica.

Respecto de la Ciencia, el autor expone 4 teorías al respecto, la primera nos dice que hay vida humana desde la implantación del cigoto, ya que sólo desde este momento se tiene viabilidad. La segunda plantea que hay vida desde el día 40 contado desde la concepción, ya que sólo en ese momento puede detectarse alguna actividad cerebral. Por otra parte, la tercera postura dice que sólo hay vida desde el tercer mes, ya que es en este momento cuando los fetos tienen forma humana y verdadera viabilidad. Sin embargo es la cuarta postura la que comparte el autor, la cual postula que hay vida desde la concepción, principalmente basado en la genética, ya que con la fecundación el cigoto ya tiene determinada su composición cromosómica y sería desde ese momento distinto de la madre. Es necesario señalar que el autor hace sinónimos el inicio de la vida humana con la personalidad, DE LA MATA PIZANA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". Op Cit., págs. 60 y ss.



estudiar los requisitos de la personalidad para conocer la efectividad de poder catalogar como persona al *nasciturus*, pero además y en segundo lugar, tal razonamiento presenta inconvenientes debido a que con motivo de la confusión entre vida humana y derecho a la vida, se ha pretendido derivar de poseer el "derecho a la vida", es decir desde la titularidad, la propia personalidad. Sobre este punto es necesario hacer una pequeña reflexión, así la distinción entre vida y derecho a la vida resulta de toda utilidad y es necesaria para continuar con un razonamiento más que jurídico, de índole lógico: puesto que derivar de la situación de tener o ser titular de un derecho la calidad de persona resulta inadecuado, salvo que en caso de duda se utilice como elemento de interpretación, debido a que el proceso más bien debe realizarse inversamente, es decir de la personalidad derivar la titularidad de un derecho, puesto que por ejemplo, existen personas que aunque sea innegable su calidad de tal, carecen de ciertos derechos, como son algunos derechos que no se reconocen a los extranjeros o a los/as menores de edad. En consecuencia no resulta adecuado derivar del hecho de poseer un derecho la personalidad, puesto que más bien se trataría de un proceso inverso, donde de ser persona se deriva la titularidad del mismo. Para continuar con este trabajo, es necesario no perder de vista estas distinciones, puesto que según se verá, de ellas se obtienen importantes consecuencias.

### ***3. El derecho a la vida del nasciturus.***

Si bien ya se ha abordado someramente la discordia que ha producido la titularidad de tal derecho respecto del *nasciturus* y con resultados diametralmente opuestos en España y en Chile, valga recordar que en el primer caso no se le reconoce tal derecho, mientras que en el caso chileno sería persona y tendría derecho a la vida. La postura española sería concordante con lo señalado por la Corte Europea<sup>21</sup> e Interamericana<sup>22</sup> de Derechos Humanos, las cuales han negado la calidad de titular de derecho a la vida al no nacido, por cuanto no sería persona, pero además la Corte Europea ha estimado que se trataría de un asunto que si bien deben resolver los Estados y en el cual no toda discrecionalidad al respecto es factible<sup>23</sup>, no existiría un derecho a la vida como el consagrado en el artículo 2 de la Carta Europea. Con todo, valga mencionar que se reconoce que el feto es parte de la raza humana y requiere, en consecuencia, de cierto nivel de protección.

21 Por su claridad solo a modo ejemplificativo Caso "Vo vs. Francia" (53924/00) del 8 de julio de 2004.

22 Caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" de 28 de noviembre de 2012.

23 Caso "A, B y C vs. Irlanda" (25579/05) de 16 de diciembre de 2010.

Como puede notarse, la solución entre ambos sistemas es relativamente similar, pese a que, tal como ha reconocido la Corte Europea dichos sistemas poseen normas distintas, en razón de que la Convención Americana expresa que el derecho a la vida comienza "generalmente" desde la concepción.

Es necesario mencionar que entre el sistema español y el chileno existe otra diferencia relevante, puesto que en España, pese a lo manifestado anteriormente se reconoce en la vida un valor, el cual según la doctrina mayoritaria y especialmente debido a la aportación de la STC 53/1985<sup>24</sup>, se constituiría en un valor superior<sup>25</sup>, mientras que en Chile la protección se basa en la titularidad de un derecho.

En un sentido similar, se ha entendido en el caso español que la protección del que está por nacer derivaría de ser un bien jurídico protegido por el artículo 15 CE, circunstancia que tal como señala el mismo tribunal no implica reconocerle la calidad de persona, situación muy distinta, según se verá a lo manifestado por el tribunal constitucional chileno, donde la vida se encontraría protegida por el derecho a la vida reconocido al *nasciturus*. De este modo, para el máximo tribunal español la protección se ha derivado de distintas normas de la Carta Fundamental, tales como la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad física y moral, libertad de ideas y creencias, honor, intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen<sup>26</sup>.

Algunos autores han criticado la nomenclatura "derecho a la vida", en razón de que dudan que tal exista lo que implicaría un derecho a un hecho de la naturaleza, a una creación, y en consecuencia estiman que más correcto es indicar el derecho de vida o derecho sobre la vida.

24 El tribunal constitucional ha señalado que entiende el derecho a la vida en su doble significación, física y moral, que es la protección de un valor superior, el cual es "fundamental, esencial y troncal", presupuesto básico de los demás derechos. La vida sería un valor "espiritual y moral inherente a la persona" vinculada (aunque no explícita en qué consiste tal vinculación) no sólo a la vida, sino también a otros derechos tales como el libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, libertad de ideas y creencias, honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este valor se manifiesta "singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto de parte de los demás", es un valor que se concreta y en este sentido debe siempre considerarse la especial concreción respecto de la mujer.

25 Existen autores que coincidiendo con lo planeado por el Magistrado Francisco Tomás y Valiente no comparten esta afirmación, puesto que si bien entienden que la vida es un valor constitucional, no le asignan la calidad de superior, a modo de ejemplo DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, págs. 121 y 123.

26 STC 53/1985 de 11 de abril.

Respeto de sus definiciones, si bien ellas no abundan los autores chilenos Verdugo y Pfeffer entienden el derecho a la vida como "La facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre. No sólo, pues en su dimensión biológica, en la integridad física, sino que también en lo psíquico"<sup>27</sup>. Por su parte Hernán Molina Guaita señala que "el derecho a la vida es la prerrogativa para conservar la propia existencia. La libertad de vivir implica su reconocimiento"<sup>28</sup>.

Con todo, la mayoría de los autores se han dedicado principalmente a estudiar los efectos del derecho a la vida, su protección y alcances en el sentido de ocuparse del inicio de la vida humana (o del derecho, desde una perspectiva que parece errada) o del fin de la misma, es decir se han preocupado del aborto<sup>29</sup>, las técnicas de fertilización asistida, experimentación con embriones y eutanasia, principalmente.

En cuanto al bien jurídico protegido, la mayoría de los autores chilenos y españoles coinciden que es la vida, aunque hay quien piensa que es "el carácter igualmente valioso de toda vida humana, o si se prefiere, la convicción de que toda vida humana es digna de ser vivida"<sup>30</sup>, confundiendo habitualmente el objeto con el bien jurídico.

Es debido principalmente a esta confusión que se hace necesario recurrir a los métodos de interpretación para conocer de manera más fehaciente el derecho a la vida.

### **3.1. El derecho a la vida desde su objeto, la finalidad de la protección.**

Como ha quedado en evidencia hasta este momento, existe gran confusión entre el derecho a la vida y la vida humana misma, en consecuencia resulta sumamente adecuado determinar qué pretende proteger este derecho y la específica utilización del elemento teleológico en este empeño. Si bien existen muchos más métodos, principios y mecanismos hermenéuticos, algunos creados especialmen-

27 VERDUGO MARINKOVIC, Mario, et alt: *Derecho Constitucional*. Op. Cit. Pág. 130.

28 MOLINA GUAITA, Hernán: *Derecho Constitucional*. Sexta Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, pág. 198.

29 Así por ejemplo Eduardo Espín no lo define, sólo se refiere a la STC 53/1985, en LOPEZ GUERRA, Luís; ESPIN, Eduardo, et alt: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch, Séptima edición, Valencia, 2007, págs. 218 y ss. , el mismo tratamiento en ALVÁREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I. Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, págs.387 y ss.

30 DIEZ-PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Op. Cit., págs. 215 y 216.

te para el Derecho Constitucional, la claridad y funcionalidad para el caso de conocer un derecho fundamental de este método en particular resulta indiscutible, de esta forma se intenta averiguar el objeto del derecho a la vida, es decir qué pretende proteger tal derecho, independiente de la garantía más o menos efectiva que éste posea.

Se seguirá el orden de Rodolfo Figueroa en este punto<sup>31</sup>. El mismo ha reconocido cinco objetos posibles, que ha denominado "concepciones del derecho a la vida", así el mismo entiende que muchos autores desconocen dentro de qué categoría se encontraría su definición y que además cada una de ellas, puede a su vez incorporarse a más de una clase, éstas son, a saber: a) conservar o mantenerse con vida, b) vivir bien o con dignidad, c) recibir lo mínimamente necesario para mantenerse o conservar la vida, d) que no "me maten ", e) que no me maten arbitrariamente. Si bien la clasificación está planteada para el caso chileno, su utilidad, con ciertos matices, puede extenderse a todos los ordenamientos jurídicos que consagren el derecho a la vida.

a) Conservar o mantener la vida.

El autor manifiesta que consiste en un derecho a "vivir, a permanecer con vida o seguir viviendo", siendo la concepción mayoritariamente compartida por los autores chilenos, sin embargo, tal objeto carecería de sustento por varias razones, a saber: en primer lugar porque un derecho a permanecer con vida implicaría lo mismo que poseer un derecho a no morir, lo que supondría inmortalidad, en segundo término debido a que son muchos los factores que pueden conducir a que una persona muera y no todos son producto de una violación del derecho a la vida, imaginemos que cada vez que una persona fallece de cáncer por ejemplo, se estaría vulnerando su derecho a la vida, afirmación que resultaría inconducente y en último lugar en razón de que la finalidad de los derechos es su aseguramiento y nada ni nadie podría asegurar que alguien no muriese jamás<sup>32</sup>.

b) Vivir bien o con dignidad.

Según Figueroa, esta teoría es mucho más seguida en España que en Chile, aunque dicha afirmación resultaría cuestionable.

31 FIGUEROA GARCIA HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida" Op. Cit., págs. 267 y ss.

32 En el mismo sentido HERRERA JARAMILLO, Francisco José: *El Derecho a la vida y el aborto*. Op. Cit., pág. 138.

Los autores incorporan nociones referidas a otros derechos o valores, tales como la dignidad, la integridad física o psíquica, la salud, además de hechos al concepto de vida humana.

Figueroa estima que esta tesis no es sostenible porque transforma en inasible el derecho a la vida: ¿Qué es vivir bien?, ¿Qué es vivir con dignidad?, en razón de que no hay una sola cosmovisión sobre qué es vivir bien, además de seguirse esta concepción nos enfrentamos a un problema respecto de su garantía, no estableciéndose a quién se puede exigir, puesto que en muchos casos esta situación dependería de las especiales opciones y necesidades de cada cual. Con todo, puede señalarse que esta noción, especialmente cuando se refiere a derechos considerados sociales, puede relacionarse de manera más patente con las consagraciones del Estado Social de Derecho.

c) Recibir lo mínimamente necesario para mantenerse o conservar la vida

Sostenida por Judith Jarvis Thompson<sup>33</sup>, posee pocos seguidores en Chile y no ha sido adoptada por la jurisprudencia de tal país<sup>34</sup>.

Tendría seguidores en países europeos, entre ellos en España, circunstancia que puede ser confirmada según se trató, tanto por la jurisprudencia del tribunal constitucional español, cuanto por parte de la doctrina, quienes también asocian el derecho a la vida a la existencia de un mínimo vital de subsistencia.

Esta teoría es semejante a la primera pues pretende preservar la vida, sin embargo no supone inmortalidad, mientras que también muestra similitudes con la segunda, aunque desde una perspectiva más acotada, por cuanto se trataría de prestaciones concretas para la conservación de la vida.

Con todo, ha recibido múltiples críticas como interpretación del derecho a la vida, a saber: la primera de ellas se refiere al caso que no exista derecho a obtener lo que se requiere, es decir una garantía. Por otra parte, se crearían innumerables

33 THOMPSON J. J.: "Defensa del Aborto" en DWORKIN, Ronald (Comp.): *Filosofía del Derecho*. Traducción de Javier Sáinz de los Terreros. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1980, págs. 211-240.

34 Se puede encontrar una revisión jurisprudencial del caso chileno sobre esta concepción en ZUÑIGA FAJURI, Alejandra: "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria " en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, págs. 37-64.

situaciones en las que una persona estaría obligada a realizar una prestación en razón de salvarle la vida a un tercero. Esta afirmación puede generar conflictos, puesto que no hay que olvidar que si bien desde una perspectiva ética puede haber una obligación a este respecto, jurídicamente en los casos que no exista un deber de cuidado específico, ella resultaría inconcebible. Plantea igualmente el autor que esta concepción amplísima diluye responsabilidades y por último que en algunas situaciones podría derivar en un "derecho a estar sano", lo que resulta un despropósito.

d) Que no "me maten".

El autor considera que de las tres concepciones anteriores es la más acotada y jurídicamente, hasta el momento, la más acorde a la teoría de los derechos, debido a que tiene como destinatarios a terceras personas, es decir, las otras personas están obligadas a "no matarme", lo que implicaría una conducta humana, que se condice con la idea de derechos, en otras palabras evitar que mediante acciones de terceros se vulnere un bien jurídico protegido.

Con todo, le parece que de esta concepción se deriva una idea errada, que el derecho a la vida es absoluto y no admite limitaciones, afirmación que conduciría a absurdos como que la legítima defensa estaría tipificada igual que el homicidio, situación que considera inconcebible desde la teoría de los derechos fundamentales.

e) Que no "me maten" arbitrariamente.

Figuroa plantea que esta posición es la que le parece más acertada, puesto que incorpora elementos fundamentales para tratar los derechos, por una parte distingue entre vida y derecho a la vida y por otra entiende que el objeto de esta última no se refiere a la vida humana en sí, sino a conductas humanas<sup>35</sup>. Asimilando arbitrariedad y falta de justificación, plantea del mismo modo, que los derechos tienen siempre limitaciones y nunca son absolutos, afirmación acorde con la actual postura mayoritaria encabezada por Alexy<sup>36</sup>. Así esta teoría no entiende como violación al derecho la vida, la legítima defensa ni el estado de necesidad defensivo, debido a que no es un derecho absoluto, tampoco las muertes natu-

35 En el mismo sentido Prieto Sanchis, PRIETO SANCHIS, Luís: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990, págs.129 y 130.

36 Se trata de la teoría de la ponderación, ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2008, págs. 311 y ss.

rales puesto que sólo pueden vulnerar el derecho los seres humanos, más no la naturaleza, pero tampoco habría vulneración en los casos en que se cuenta con el consentimiento del afectado, como la eutanasia voluntaria, pues se elimina la conducta de un tercero y la arbitrariedad, situación similar a lo que ocurriría en el caso de la pena de muerte.<sup>37</sup>

#### ***4. La disposición de la vida y del derecho a la vida.***

El interrogante más importante que se han planteado los autores sobre este tema y que en los hechos resulta sumamente interesante, consiste en dilucidar si es posible disponer del derecho a la vida por parte de su titular. La importancia del tema radica como es entendible, en la violación del derecho, más no en otras actitudes o aún, entendiendo la gran confusión existente entre vida humana y derecho a la vida, en determinar si es posible disponer de esta última.

##### **4.1. La disposición del derecho a la vida.**

Si se entiende el derecho a la vida como la facultad que otros no me maten en forma arbitraria como lo ha planteado Figueroa, la pregunta, desde una primera óptica respecto de la disposición del derecho, carecería de relevancia en razón de varios motivos, a saber: en primer lugar ya se abordó el tema respecto del contenido u objeto del derecho que en último término y tal como cualquier derecho se refiere únicamente a la conducta de terceros, sea el Estado, sospechoso eterno de vulneración o los particulares. No está de más recordar en este punto que las personas son titulares de sus propios derechos, de manera que resulta imposible tener la calidad de titular y obligado de un mismo derecho. Por otro lado y dejando de lado este argumento netamente de teoría de los derechos fundamentales, de lógica, todos los derechos fundamentales están establecidos por y para los seres humanos, ya han señalado los autores que su finalidad es de protección, entonces resulta cuestionable que un derecho proteja a alguien de sí mismo.

Desde otra perspectiva y refiriéndose a todos los derechos, estos son en general renunciables para el caso concreto, más no de manera universal y anticipada<sup>38</sup>,

<sup>37</sup> El tema será tratado más ampliamente en el apartado referido a los límites del derecho a la vida.

<sup>38</sup> Así DIEZ PICAZO basándose en el Derecho Civil estima que todos los Derechos son en general renunciables, salvo el derecho a la vida, aunque reconoce cierta excepción en el denominado "testamento vital". DIEZ PICAZO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales..* Op. Cit., pág. 223.

salvo que miren el interés general o perjudiquen a otras personas, sin embargo en el caso específico del derecho a la vida ¿podría afirmarse que si un idéntico vulnera por sí mismo tal derecho propio esto perjudica los derechos de otras personas o del Estado? La respuesta parece negativa. En cualquier caso, no se debe olvidar que no existe gran disputa respecto de la renuncia no al derecho, sino al ejercicio del mismo, circunstancia que resulta del todo plausible, por ejemplo en los casos que una persona decide no participar de las elecciones populares.

En el caso específico del derecho a la vida, en principio cuesta encontrar una situación en que una persona vulnera su propio derecho, acaso consistiría en permitir que se le mate en forma arbitraria, pero si por un momento tal como anteriormente, solo por motivos pedagógicos, se plantea que el objeto del derecho a la vida consiste en la vida misma, se produciría allí un problema de colisión de derechos, el derecho a la vida y el derecho a la libertad, en el cual para su resolución, en caso de compartirse la actual teoría de los derechos fundamentales debe recurrirse a reglas generales, es decir a la ponderación.

#### **4.2. Disposición de la vida humana.**

La vida al ser un hecho natural, escapa al ámbito exclusivo del Derecho y en consecuencia influirán en la decisión de disponer de ella una gama interminable de factores psicológicos, religiosos, morales, filosóficos, etc., circunstancias que aunque pueden relacionarse de alguna forma con el Derecho no resultan parte del mismo. Así hay autores que plantean principalmente el carácter de derecho-deber de la vida, circunstancia que recuerda la discusión respecto de las obligaciones militares como derecho-deber de "defensa de la Patria ", lo que a todas luces parece contrario a la teoría de los derechos, ya que un derecho no podría tener al mismo tiempo la calidad de deber, pero por otro lado y en el fondo del asunto, partiendo desde la lógica kantiana que refiere que cada ser humano es un fin en sí mismo, en algunos casos se ha entendido de esta premisa que la disposición de uno mismo sería contraria a esta máxima y en consecuencia, la vida sería un deber. Aún hay otros autores que plantean que del derecho a la vida deriva el deber de conservarla.

Por otro lado existen quienes han planteado la tesis de que es el Estado el dueño de la vida humana y en consecuencia las personas no podrían disponer de la propia, ya que atentarían contra el derecho de propiedad sobre la vida que tiene el Gobierno, sin embargo, tal como lo plantea Rodolfo Figueroa ya nadie continúa sosteniendo esta teoría, porque además de carecer de sustento sólido, se ha aso-



ciado al régimen Nazi<sup>39</sup>. Aun así, tal como se planteó al principio, esta situación de disposición de la vida propia, salvo que se considere la vida un derecho o un valor, escapa al ámbito de estudio del Derecho, aunque tanto la vida humana, cuanto la muerte, como hechos naturales tengan consecuencias por sí mismas, como son los derechos patrimoniales que se derivan de cada una de ellas, empero en este caso poco importa si la muerte se ha producido por causas naturales o por acción de terceras personas, sea en forma arbitraria o no.

Con todo existen casos muy conocidos y con respuestas estatales diversas respecto de un intento de disposición de la vida propia, se trata de los casos de huelga de hambre que pueden ocasionar consecuencias fatales. Por otra parte, si bien una situación aún más patente ocurre con la denominada eutanasia, lo cierto es que en Chile no ha existido pronunciamiento al respecto y por este motivo no se abordará en las siguientes páginas.

La primera distinción que se debe realizar aquí es que esta disposición de la vida se refiere a personas, en consecuencia de sostener la postura mayoritaria, no se incluiría al *nasciturus*, por otra parte se hace alusión a la disposición de la vida propia y en consecuencia, desde la perspectiva chilena tampoco correspondería al *nasciturus*. Es de esta forma, como en el caso español desde el conocidísimo caso GRAPO<sup>40</sup> se han sentado las bases, mediante la prohibición de la alimentación forzada de los huelguistas, de la posibilidad de disposición de la propia vida, inclusive en casos de menores de edad por motivos religiosos<sup>41</sup>. En el caso chileno la solución ha sido diametralmente opuesta, en razón de que tanto en casos relativos a creencias religiosas, cuanto a huelgas de hambre<sup>42</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la República ha estimado que se debe actuar para proteger la vida aún contra los propios deseos de disponer de ella, aplicando en estos casos una amplia interpretación del derecho a la vida<sup>43</sup>, al menos desde la perspectiva de la conservación por parte del titular de tal derecho, así como su extensión al *nasciturus*.

39 FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida". Op. Cit., pág. 284.

40 STC 120/1990 de 28 de junio

41 En este caso particular la STC 154/2002 de 18 de julio ponderó la libertad religiosa y el derecho a la vida, determinando que en este caso particular debía primar la primera, pudiendo el menor de edad, en virtud de su credo negarse a recibir transfusiones de sangre, aún en contra de su propia vida.

42 Revista *Gaceta Jurídica*, N° 50, Santiago de Chile, 1984, págs. 76 y ss.

43 Zúñiga estima que la regla general en cuanto a forma de entender el derecho a la vida por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, es restringida, es decir, aceptando la postura que considera que el derecho a la vida consiste en impedir la muerte arbitraria, ZUÑIGA FAJURI, Alejandra: "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria". Op. Cit., pág. 52.

En este último caso específico valga mencionar que las limitaciones a la disposición de la vida serán muy distintas en cuanto ésta se considere derecho fundamental o valor sea superior o no, puesto que de estimarlo derecho la protección debe ser completa y total, es decir no admitiría limitaciones generales al mismo, esto pese a que se pueda aceptar, circunstancia que en Chile no ha ocurrido, que el derecho a la vida del *nasciturus* pueda ser restringido en virtud del planteamiento de la ponderación. En otras palabras: si se limita el derecho a la vida que se reconoce al *nasciturus*, se estaría acabando con la vida completamente. Por otra parte, desde una perspectiva opuesta y respecto del caso español, al tratarse de un valor<sup>44</sup>, los cuales admiten cumplimientos parciales debido al carácter totalizante y casi inasible de los valores, la protección del *nasciturus* no es absoluta, sino más bien gradual<sup>45</sup>, pues desde su concepción iría aumentando, hasta que naciendo se le reconozca la titularidad del derecho a la vida y una protección acabada.

### 5. *¿Tiene límites el derecho a la vida?* <sup>46</sup>

Este ha sido un tema recurrente entre los autores al tratar el derecho a la vida, se hace alusión a él principalmente al hablar sobre la legítima defensa, la pena de muerte y el aborto.

Es necesario señalar que una referencia a los límites al derecho a la vida del

<sup>44</sup> En la STC 53/1985 de 11 de abril, dicho tribunal estima que de reconocer que el *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el artículo 15 CE se derivan dos importantes consecuencias, a saber: por una parte abstenerse de interrumpir u obstaculizar la gestación y por otra establecer un sistema legal efectivo para su defensa, el cual debe incluir en último término normas penales, aunque pone énfasis que esta protección no es absoluta y debe estar sujeta a limitaciones. Entiende asimismo que el legislador sí está facultado para excluir la vida del *nasciturus* de la protección penal, tanto la punibilidad general, a través de eximentes, cuanto en forma particular, en razón de que en último término, renunciar a la sanción penal de ningún modo implica que deje de subsistir la obligación de protección.

<sup>45</sup> Este argumento fue desarrollado no solamente en la STC 53/1985, sino además en las sentencias referidas a las técnicas de reproducción asistida, mediante la STC 212/1996 de 28 de diciembre y STC 116/1999 de 17 de junio.

<sup>46</sup> Con el término límites se hace alusión de manera más exacta a los límites externos, entendiendo que la distinción más aceptada de los mismos diferencia entre límites internos y límites externos, donde los primeros son más bien el contenido del derecho, mientras que los externos, vendrían dados por constricciones o restricciones que se encuentran fuera del derecho mismo, sean provenientes del Estado o terceros, con todo, existen múltiples clasificaciones de los mismos, entre ellas: límites constitucionales directos e indirectos, límites de la garantía y límites de reserva, límites de reserva materiales formales, de leyes generales y no expresos, límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho, sobre este tema se puede consultar BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004, págs. 83 y ss.

*nasciturus* solo presta alguna utilidad en el entendido que se le reconozca tal derecho, como es el caso de Chile, mientras que el análisis se tornaría bastante distinto en caso de considerarle un bien jurídico protegido o un valor como en el caso español.

Se debe señalar desde ahora, que según la teoría de los derechos fundamentales no existen los derechos sin límites, es decir ningún derecho es absoluto, en consecuencia será habitual que estos límites, cuando no son considerados internos, vengan dados por una colisión de derechos, es decir al hecho que en determinadas situaciones dos o más derechos se contrapongan y no exista posibilidad de ejercer o amparar ambos, puesto que el ejercicio de uno, excluye o limita al otro. Con todo valga recordar que si bien esta es la postura mayoritaria actualmente, ciertamente no es la única, puesto que se habría planteado la posibilidad, de acuerdo a ciertas teorías más restrictivas de derechos fundamentales, de realizar una delimitación tan acertada de los mismos, que se logre evitar todas o al menos la mayoría de estas colisiones<sup>47</sup>.

Las limitaciones de los derechos fundamentales solo tienen sentido, en virtud de su carácter esencial y fundamental, en razón de que existan otros derechos en conflicto, es decir sólo existirá un límite si lo que se pretende es proteger otro derecho o un bien jurídico considerado muy relevante.

En el caso del derecho a la vida, no resultaría adecuado admitir toda clase de limitaciones externas por la conservación de bienes jurídicos relevantes, tales como la moral o el orden público en razón de que su violación, pone término inmediato y en forma definitiva al mismo. Así en general las Constituciones, admiten limitaciones a algunos derechos en casos excepcionales y por custodiar derechos o bienes jurídicos, sin embargo en ningún caso consagran límites al ejercicio del derecho a la vida<sup>48</sup>.

El tema de la legítima defensa, la pena de muerte y el aborto, se ha tratado en general como colisión de derechos y en este sentido como limitaciones externas

<sup>47</sup> Entre las muchas críticas que se realizan a la teoría restrictiva, una de las más comunes es que precisamente pretende "ocultar" la realización de una ponderación, la cual se haría con anterioridad, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 39 y ss.

<sup>48</sup> Así en la Constitución Chilena, los artículos 39 y siguientes señalan que en casos de excepción podrá afectarse el ejercicio de ciertos derechos, y en ningún caso menciona el derecho a la vida, en un sentido similar el artículo 55 de la Constitución Española.

al derecho a la vida: En el primer caso se permitiría vulnerar el derecho a la vida por proteger la vida propia, en el segundo vulnerarlo por un supuesto derecho de reparación del cual es titular la sociedad, según algunos autores y en el tercero por el derecho a la vida de la madre o la salud, en el caso del aborto terapéutico o los derechos sexuales y reproductivos en el aborto común.

Sin embargo estas limitaciones, al menos en el último caso, son más aparentes que reales. En las dos primeras situaciones dependerá de la tesis del objeto del derecho que se adopte, puesto que desde las cuatro tradicionales, sería a todas luces un tema de colisión de derechos, sin embargo si se estima que el objeto del derecho a la vida consiste en "que no me maten arbitrariamente ", al menos la legítima defensa no consistiría en un límite o una excepción, en razón de que se elimina la arbitrariedad. El tema de la pena de muerte resulta más cuestionable, ya que cuesta imaginar que la sociedad completa tenga un derecho de "venganza "o en el mejor caso de "protección", que implique vulnerar un derecho de tal entidad, aunque si se estima que tal derecho existe, podría considerarse que una vez más se elimina la arbitrariedad, en consecuencia tampoco constituiría un verdadero límite.

Sólo a modo de sistematización resulta de utilidad recordar los siguientes puntos que a estas alturas deberían estar incorporados: En primer término ha reconocido el tribunal constitucional español y varios autores que el *nasciturus* no sería persona, en tal entendido, tampoco sería titular del derecho a la vida. En consecuencia malamente podría haber colisión de derechos, condición necesaria para que se pueda eventualmente limitar el derecho a la vida, aunque se ha visto que resulta difícil encontrar una limitación si se considera que su objeto es la prohibición de matar arbitrariamente<sup>49</sup>. Probablemente se llegaría a una conclusión distinta si se considerase que el *nasciturus* sí es titular del derecho a la vida, puesto que en este caso tal derecho se podría limitar por otros, tales como la vida de terceros, la salud, la integridad y aún los derechos sexuales y reproductivos de la madre. Sin embargo a modo personal, no parece acertado este último razonamiento y no se comparte el planteamiento de reconocer tal titularidad.

<sup>49</sup> Pese a lo señalado es necesario recordar que de la calificación del *nasciturus*, al menos en España como bien jurídico protegido o valor, eventualmente sí podrían producirse situaciones en lo que se deba ponderar.

## ***II. Aspectos fundamentales del análisis específico del derecho a la vida en Chile.***

### **1.1. El derecho a la vida en la Constitución Política de la República y en la legislación chilena.**

Ubicado en el capítulo tercero "de los Derechos y Deberes Constitucionales", el artículo 19 lo consagra en los siguientes términos: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 1: 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".

De la sola lectura del artículo se desprende la importancia que ha asignado el constituyente a este derecho, ubicándolo como el primer asegurado. De igual manera y sólo desglosando el texto se puede notar que este derecho se extiende a todas las personas y en consecuencia, será condición *sine qua non* para ser titular del mismo, precisamente poseer la calidad de persona<sup>50</sup>.

Sin embargo para una cabal comprensión del tema es necesario remontarse a la historia de la Constitución de 1980 y recurrir a su elemento más común de interpretación, las actas de la comisión de estudio para la nueva constitución<sup>51</sup>, donde se deja de manifiesto el sentido que quisieron dar a estos preceptos sus miembros. Si bien en Chile se tiene claro el riesgo de "cristalización" u "originalismo" que se corre al consultarlas cada vez que existe alguna duda, es decir de retrotraerse al momento de su adopción para conocer la opinión concreta de quienes intervinieron en la elaboración de la Carta, ha sido durante años el elemento de interpretación más utilizado, lo que queda de manifiesto, incluso en el fallo del tribunal constitucional chileno que se analizará.

El derecho a la vida fue examinado en múltiples sesiones con distinto grado de

<sup>50</sup> Este juicio sólo lo comparten algunos autores en Chile como Figueroa. FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol XX N°2, Valdivia, Chile, 2007, págs. 116 y ss.

<sup>51</sup> Tal comisión fue designada en principio, para redactar actas constitucionales por la dictadura del General Augusto Pinochet Ugarte, su función más tarde se va transformando en proponer un proyecto de Constitución, el cual con algunas modificaciones, comienza a regir el año 1980. Esta interpretación ha sido muy criticada desde varias perspectivas, entre ellas la falta de legitimidad de la Comisión y las modificaciones posteriores que sufrió el proyecto presentado por aquella, así como debido a la falta de la necesaria mutación constitucional que permita la adecuación de la Carta Fundamental a los tiempos, sin embargo lo cierto es que todavía resultan muy utilizadas, tanto por la doctrina, cuanto por la jurisprudencia.

profundidad, principalmente durante el año 1974<sup>52</sup>.

En aquella oportunidad la discusión respecto del derecho a la vida se centró en algunos aspectos que pueden resultar relevantes para este caso: En primer término se habló sobre la necesidad de incluir o no una norma que consagrara constitucionalmente el derecho a la vida pese a que la mayoría de los comisionados, inclusive los profesores invitados, entendían que aún sin consagración expresa, este derecho al ser tan esencial se encontraba incorporado. De cualquier modo, siguiendo la tradición desde la Segunda Guerra Mundial, del Derecho Internacional y Derecho Comparado, se optó por su consagración expresa. En este sentido y con la finalidad de reforzar el carácter de esencial, primordial y necesario para el desarrollo de los demás derechos es el primero del catálogo.

Según la Comisión respecto de este derecho habían dos temas de trascendental importancia a tratar: La pena de muerte (aún no derogada en el país a esa fecha) y el aborto terapéutico, el cual hasta aquel momento se permitía sólo para el caso que corriera peligro la vida de la madre, encontrándose establecido en el Código Sanitario<sup>53</sup>.

Respecto del aborto terapéutico se produjeron amplios debates. Es necesario destacar, que salvo una opinión en contrario, no se cedió ante la posibilidad de discutir sobre el denominado aborto ético, particularmente para el caso de violación<sup>54</sup>. Así en primer término se discutió sobre la posibilidad de que existiendo esta norma que consagra el derecho a la vida, se incluyera otra que prohibiera expresamente el aborto o por el contrario bastaba con la primera. Hubo acuerdo en el sentido de incluir una norma general que obligara al legislador a proteger la vida humana del que está por nacer, en los mismos términos consagrados en el Código Civil, lo que también llevaba al interrogante sobre si el legislador podría alguna vez despenalizar o legalizar alguna clase de aborto, sin embargo, tal como queda de manifiesto en las actas de la Comisión, varios de los miembros (7 de los 8), al ser católicos practicantes según lo manifestado por ellos mismos, con argumentos de índole "moral" no estaban de acuerdo con el aborto y más aún prefirieron dejar este tema en manos del legislador, expresando su voluntad en

52 Particularmente las sesiones número 87; 89; 90 y 191, ésta última del año 1976.

53 Respecto de la pena de muerte, si bien no se abordará por exceder con creces el objetivo del presente trabajo, es necesario establecer que hubo amplio consenso en el sentido de considerarla como una excepción al derecho a la vida y la discusión se centró en incluir en la Constitución normas relativas a su aplicación o dejar esta materia entregada a la ley, esta última tendencia fue la que primó.

54 Opinión del Comisionado Jorge Ovalle.

el sentido de que si alguna vez se regulaba al respecto, debía ser en forma sumamente restrictiva.

Esto conllevó a que cada miembro se refiriese al aborto terapéutico, destacándose que la mayoría no estaba de acuerdo con el mismo, por lo tanto aunque en la práctica se llevó a efecto la discusión sobre este tema, la exposición se llevó a cabo, según los mismos comisionados plantearon, con la finalidad de dejar registro sobre la "historia fidedigna" del establecimiento de la norma, es decir la discusión en ningún caso tuvo una finalidad de verdadero diálogo o posibilidad de instaurar el aborto, sino simplemente se produjo para dejar de manifiesto las razones de su rechazo y que las mismas puedan ser invocadas en el futuro en caso de que surgiese la inquietud de regulación de tal institución.

Para la mayoría de la Comisión el aborto era un homicidio, aún agravado por la circunstancia de que ese ser en formación no ha tenido la posibilidad de defenderse y hubo también quienes plantearon que la justificación de prohibir el aborto se encuentra en que desde el momento de la concepción, ese ser tiene alma y solo corresponde a dios entregar o quitar la vida<sup>55</sup>. Se señaló del mismo modo<sup>56</sup>, que "los derechos humanos se conceden no sólo al ser humano que tiene cierta capacidad jurídica, sino también al ser desde el momento en que es concebido y hasta después de su muerte".

Como se puede apreciar, no se establece de manera expresa si el *nasciturus* es o no persona, sino que sólo se habla de que posee derechos, dando por sentada aquella situación, postura que ha sido adoptada y señalada expresamente en múltiples fallos posteriores, siendo la postura mayoritaria en el país.

Una discusión interesante para estos efectos se planteó debido a que un comisionado entendía el aborto terapéutico como un tema de colisión de derechos: el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del hijo no nacido, el tema fue zanjado por otro de sus pares, el comisionado Jaime Guzmán, señalando que "No hay derechos en pugna entre la madre y el hijo, porque sólo sería homicidio el del niño, la madre moriría por elementos naturales, se trataría de un dere-

<sup>55</sup> No es de extrañar esta clase de razonamiento respecto de la relación entre el Derecho y las creencias religiosas, pues si bien la Iglesia Católica se separa formalmente del Estado en el año 1925, con la dictadura militar se vuelven a abordar muchos temas de derechos desde una perspectiva religiosa y recurriendo a tales argumentos, por ejemplo ello ocurrió con la derogación de la autorización del aborto terapéutico, en el año 1989, el cual se permitía desde el año 1931.

<sup>56</sup> José Luis Cea Egaña, invitado a exponer, sesión N° 87, 14 de Noviembre de 1974

cho vulnerado por tratar de proteger no un derecho, sino un deseo afectivamente comprensible"<sup>57</sup>. Con esto se terminaba de cerrar la puerta al establecimiento del aborto terapéutico en la Carta Fundamental, o al menos de una interpretación proveniente de la Constitución que no lo condenase.

Por otra parte habitualmente algunos autores han entendido íntimamente ligado al derecho a la vida, el tratamiento de la dignidad humana. En el análisis comparado del derecho a la vida, el aborto y los derechos sexuales y reproductivos, muchas veces se incluye su estudio, por lo que puede resultar adecuado e ilustrativo hacer una brevísima referencia a este principio inspirador de la Constitución<sup>58</sup>.

En términos generales, la dignidad de la persona se encuentra consagrada en el artículo primero de la Constitución de la siguiente forma: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Se siguió en este sentido la opción de no incorporarla como derecho en forma explícita o dentro de un catálogo, sino como elemento inspirador del ordenamiento completo, como valor y más aún según se registró, como orden a los poderes público de respetar la dignidad. Del mismo modo se estimó que "no se consagra porque se le dedica un apartado y está implícito en los fines del Estado"<sup>59</sup>.

Sin embargo, en el momento de tratar el derecho a la vida, si bien se hubiera esperado una incorporación de la dignidad más clara, acorde con la visión de la Comisión que entendía estas instituciones como "íntimamente ligadas", sólo hubo algunas alusiones específicas y muy acotadas, lo cual puede llevar a pensar que la dignidad fue entendida no como integrante del derecho a la vida, sino como consecuencia del mismo, o al menos de una manera bastante particular y difícil de comprender. De este modo algunas de esas alusiones fueron, a saber: el aborto atenta contra la "dignidad" humana al igual que homicidio, dignidad que derivaría de "tener vida", planteado por Jaime Guzmán. El comisionado Ovalle, refiriéndose a su convicción humanista, que derivaba de la dignidad, entendió ésta como "cierto orgullo de haber sido humano, la convicción que se tiene de que por el hecho de ser humano se es respetable". No existen más alusiones a la dignidad, al menos a tratar el derecho a la vida en las actas.

57 Sesión N° 87 del 14 de Noviembre de 1974.

58 Sobre la relación entre el derecho a la vida y otros derechos, particularmente la integridad el Comisionado Alejandro Silva Bascañán expresó que a su juicio el derecho a la vida comprendía el derecho a la integridad, puesto que una vida sin integridad física "no asegura una vida que valga la pena vivirla ", Sesión N° 90 del 25 de Noviembre de 1974.

59 Sesión N° 87 del 14 de Noviembre de 1974



## 1.2. Protección del derecho a la vida y la vida del *Nasciturus* en Chile.

La Constitución crea un sistema de garantías para todos los derechos consagrados en ella, sin embargo estas garantías pueden ser muy distintas entre sí, circunstancia que ocasiona una disparidad en la efectividad de los distintos derechos fundamentales establecidos.

En un sentido amplio, entre estas garantías puede mencionarse la instauración del Estado de Derecho, pero además se concretan en la obligación impuesta a los órganos del Estado de "respetar y promover tales derechos"<sup>60</sup>. Del mismo modo encontramos protección a través de la primera parte del artículo 19, cuando menciona que "La Constitución asegura a todas las personas". La redacción de esta frase se discutió latamente en la Comisión y se dejó constancia que se plasmaba como otro mecanismo de aseguramiento, puesto que si bien la forma más exacta habría sido expresar que la Constitución "reconoce", entendiendo por esto que tales derechos o al menos la mayoría son anteriores al orden jurídico, se pensó que con la redacción actual se creaba una nueva garantía.

El artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena establece la garantía general de los derechos, esta vez obligando específicamente al legislador, quien no puede afectar los derechos consagrados en su esencia, ni imponer condiciones, requisitos o tributos que impidan su libre ejercicio, se trata de la prohibición de afectación del contenido esencial de los derechos<sup>61</sup>. De igual manera existe una garantía referida a las materias que solo puede regular el legislador, más no el órgano ejecutivo, así como la consagración de quórum más altos para la alteración de la regulación de los derechos fundamentales<sup>62</sup>.

Desde una perspectiva más concreta la Constitución en su artículo 20, crea una acción jurisdiccional especial, denominada "recurso de protección", acción popular que pretende restablecer el imperio del derecho ante una privación, perturbación o amenaza de algunos de los derechos consagrados (entre ellos el derecho a la vida), respecto de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, provenientes de organismos públicos, privados o personas naturales, reconociéndose que

<sup>60</sup> Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

<sup>61</sup> El artículo 19 N° 26 señala: "-La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

<sup>62</sup> Arts. 63; 64; 66 y 127 CPR.

los particulares también pueden vulnerar los derechos fundamentales, es decir el efecto horizontal de los mismos, sin embargo no procede respecto de todos los derechos consagrados y tampoco respecto de las leyes. Se trata de un recurso desformalizado que se interpone y del cual conoce los tribunales superiores de justicia. En la actualidad ha sido sumamente utilizado, particularmente en los casos de atentados al derecho de propiedad.

El Código Civil por su parte, establece que la existencia legal de las personas comienza al nacer, sin embargo reitera el mandato constitucional respecto de que "la ley protege la vida del que está por nacer" y ordena al juez tomar todas las medidas necesarias para proteger a quien aún no ha nacido si cree que de alguna manera peligrá<sup>63</sup>.

Es del caso mencionar que también existen normas en este Código relativas a aspectos patrimoniales relacionados con el *nasciturus*, tales como derecho de alimentos y herencia, de las cuales se puede concluir que si bien al no nacido no se le reconoce como persona, al poseer una expectativa de que sí llegue a existir, se le protege a través de estas normas y específicamente su vida, mediante las providencias que "podrá" tomar el juez, circunstancia que es evidentemente distinta a la protección establecida en la Constitución y asegurada a todas las "personas".

En el sistema penal desde el artículo 342 al 345 el Código del ramo se tipifica el delito de aborto, no definiéndolo, por lo cual ha sido la doctrina quien se ha encargado de esta tarea, haciendo referencia siempre a la idea de interrupción del embarazo.

Este delito sin embargo, plantea una multiplicidad de hipótesis, así el artículo 342 castiga al tercero que maliciosamente cause un aborto, distinguiendo si se realiza con violencia y si hay consentimiento de la mujer o se carece de él, como puede deducirse la mayor penalidad se aplica al primer caso.

El artículo 343 hace lo propio en el caso de quien con violencia cause un aborto, aunque no haya tenido dicho propósito, pero exige como requisito que el estado de gravidez de la mujer sea notorio o el autor lo conozca. Si bien de la primera lectura podría deducirse que en esta hipótesis sólo bastaría la culpa, una interpretación adecuada nos llevará a concluir que se exige al menos dolo eventual, puesto que del estado de la mujer, notorio o conocido, el autor debe o debería representarse que el ejercicio de la violencia causaría un aborto.

63 Artículos 74 y 75 del Código Civil.

Por otra parte el mismo Código Penal establece una sanción para el facultativo que abusando de su oficio causare un aborto o cooperase en él. En este caso la pena se ve aumentada en un grado a la señalada en el artículo 342, haciendo garante de alguna manera y mayor responsable de la vida del *nasciturus* a quien posee conocimientos médicos.

En el mismo sentido, el artículo 344 del Código Penal se hace cargo de la mujer que se practica por sí o consiente que otra persona le realice un aborto, esta hipótesis es la más gravosa en cuanto a la pena asignada, salvo el caso del facultativo o del tercero que practica un aborto con violencia.

El inciso segundo del mismo artículo consagra lo que algunos han pretendido una hipótesis distinta respecto de la mujer, sin embargo muy por el contrario una correcta interpretación conducirá a entender que sólo se trataría de una circunstancia atenuante de la conducta descrita en el primer inciso, es decir de la mujer que se practica o deja practicar un aborto, así esta norma plantea la reducción de la pena en un grado si tal conducta se efectúa por "ocultar su deshonra".

Respecto del bien jurídico protegido es menester señalar dos puntos importantes y que, además de los elementos del tipo, diferencian y otorgan menor relevancia al aborto respecto del homicidio: en primer término la ubicación del aborto se encuentra en el título VII dedicado a los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual", ubicación que dista mucho de la que corresponde al homicidio (título VIII sobre los "crímenes y simples delitos contra las personas), lugar en el que también se encuentran las lesiones corporales). Se entiende de esta manera, que el derecho a la vida, protegido a través del tipo penal del homicidio en todas sus formas, no se afectaría con el aborto, sino más bien se atentaría contra otros bienes, tales como el orden de las familias.

En este mismo sentido la intensidad de la sanción penal es muy distinta en ambos ilícitos, siendo mucho mayor en el caso del homicidio y no reconociendo atenuantes específicas como en el caso del aborto. Se confirma con esto que la intensidad de la protección, asimilando para estos efectos sanción a protección, varía según la etapa de desarrollo de la vida humana.

En cuanto a los tratados internacionales suscritos por Chile, los más destacables en la materia y sólo a modo enunciativo son: La Declaración Universal de Derechos del Hombre, la Convención de Derechos del Hombre, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la eliminación de todas las formas de discrimina-

ción contra la Mujer y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos pactos tratan el derecho a la vida, pero según algunas interpretaciones y entendiendo la historia de la dictación de las normas, se referían principalmente al derecho a no ser vulnerado por parte del Estado, es decir a casos más bien de violencia por parte del Estado, a personas que son privadas de su derecho a la vida. Del mismo modo esta última Convención señala que en los Estados partes se protegerá la vida, generalmente desde la concepción. Sin embargo y pese a la explicación dada por los requirentes del fallo del tribunal constitucional que se comentará a continuación, una correcta interpretación llevaría a plantear que en este caso la Convención con la palabra "generalmente" no ha establecido una obligación de que la protección se efectúe desde aquél momento, sino que más bien habría reconocido que en la práctica, ella se lleva a efecto desde dicho instante<sup>64</sup>. Más aún en algunos casos ha declarado que la prohibición del aborto, particularmente refiriéndose a Nicaragua es contraria a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional, por lo cual una interpretación en otro sentido no resultaría viable.

Es del caso mencionar, que si bien Chile ha suscrito tratados internacionales que se relacionaran directamente con los derechos de las mujeres, algunos de los cuales consagran derechos sexuales y reproductivos como la Declaración de Beijing, del Cairo y CEDAW, no existe una consagración expresa en ninguna norma nacional de estos aspectos, sin embargo, eventualmente se podrían tener por incorporadas debido a la remisión a ellas que realiza el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución chilena. Más aún, respecto de los derechos sexuales y reproductivos, siguiendo a Susan Turner Saelzer<sup>65</sup>: "La doctrina (chilena) no está acorde ni en cuanto a su existencia como derecho fundamental, independientemente de su consagración explícita en instrumentos vinculantes, ni en cuanto a su contenido y alcance".

Agrega la autora que cree esta actitud se debe, a que se pretende evitar que de ellos se deriven facultades que puedan lesionar valores y derechos fundamentales, igualmente la misma plantea que si bien el derecho a procrear, o a no hacerlo, puede estar incluido en el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad, lo sería en forma muy limitada.

<sup>64</sup> Un análisis pormenorizado sobre este tema en FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto ". Op. Cit., págs. 113 y ss.

<sup>65</sup> TURNER SAELZER, Susan: "Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y Procreación asistida " en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XII. Valdivia, Chile, 2001, págs. 206-216.

Generalmente los sectores más progresistas han tratado de incluir, a falta de norma nacional expresa en la legislación, los derechos sexuales y reproductivos a través de dos vías: mediante los tratados internacionales, aunque es del caso mencionar que los tribunales de justicia parecen aún muy reticentes a aplicarlos directamente sin un desarrollo expreso de la Ley, así como a través de la invocación de ciertos derechos como la libertad de pensamiento y expresión, integridad física y psíquica e intimidad, todos asegurados en la Constitución.

En la actualidad existe un proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional sobre derechos sexuales y reproductivos, otros se encuentran archivados e intentaban plasmar los derechos garantizados en los tratados internacionales. El primero de ellos se presentó en el año 1993, mientras que el resto no superó el primer trámite constitucional<sup>66</sup>.

Respecto del aborto terapéutico, en la actualidad no se encuentra legalizado en Chile, siendo considerado delito toda interrupción voluntaria del embarazo, sin embargo según se trató anteriormente, esta situación no siempre fue así, puesto que en el año 1931 se incorporó al Código Sanitario una norma (artículo 119) que lo permitía, aunque sólo en los casos en que corriera peligro la vida de la madre, circunstancia que se mantuvo hasta el año 1989 cuando se derogó dicho artículo y todo acto de interrupción del embarazo fue penalizado. Respecto a la razón de esta derogación, las opiniones se encuentran divididas, por una parte están quienes creen que se debió a una consecuencia lógica del adopción del texto de la Constitución<sup>67</sup>, otros en cambio y concordante con su postura de que la Constitución no se opone a la regulación del aborto, creen que se debe netamente a procesos políticos y por temor a que ocurriera una situación similar a la producida en España durante la transición<sup>68</sup>, aunque en la actualidad, según múltiples entrevistas aparecidas en los medios de comunicación chilenos, se habría debido a una petición especial que realizaron a la junta militar ciertas personas de la jerarquía de la iglesia católica de Chile.

<sup>66</sup> Los proyectos han sido los siguientes 1.- "Ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores ", actualmente archivado, 1993; 2.- "Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos ", en tramitación, 2000; 3.- "Reforma Constitucional con el objeto de establecer nueva garantía constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos", archivado, 2004; 4.- "Establece garantía constitucional del derecho a la libertad sexual y reproductiva, archivado, 2006.

<sup>67</sup> Así, José Luis Cea Egaña, CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Op. Cit., págs. 94 y ss.

<sup>68</sup> CASAS BECERRA, Lidia: "Aborto y Derechos Humanos" en *VVAA: Los otros Derechos: Derechos Humanos del Bicentenario*. Editorial Arcis, Instituto de Derechos Humanos, Memoria y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2008, págs. 58 y 59.

Sobre aborto propiamente tal se han presentado múltiples proyectos de ley, algunos de los cuales siguen en tramitación, el tratamiento y la finalidad de cada uno, sin embargo ha sido muy variado, algunos se refieren a la despenalización del aborto, aunque nunca con mucha amplitud, al aumento de las penas del mismo y aún existe uno que tiene por finalidad la construcción de un monumento a los no nacidos víctimas del aborto<sup>69</sup>. En la actualidad nada se sabe sobre si habrá o no una modificación al Código Penal y Sanitario y para el caso afirmativo si será despenalizando la conducta o aumentando las penas.

## ***2. El derecho a la vida y el nasciturus en Chile a través del fallo 740-2008 del Tribunal Constitucional chileno, sobre la distribución de la denominada píldora del día después.***

El 18 de Abril de 2008, el tribunal constitucional de Chile, dicta sentencia en caso "Píldora del Día Después", pronunciándose sobre la (In) Constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en las "Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad", aprobadas por el decreto Supremo N° 48 de 2007 del Ministerio de Salud<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Los proyectos de ley son los siguientes: 1.- "Ley que Modifica el artículo 119 del código sanitario en lo relativo a aborto terapéutico ", rechazado, 1991; 2.- "Ley que modifica el código penal en materia de aborto, archivado, 1994; 3.- "Ley que modifica el código penal aumentando la penalidad del delito de aborto ", rechazado, 1994; 4.- Ley que Modifica el artículo 119 del código sanitario en lo relativo a aborto terapéutico ", en tramitación, 2003; 5.- "Ley que agrega un nuevo artículo 345 bis al código penal para que solo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto ", en tramitación, 2006; 6.- "Reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto ", en tramitación, 2006; 7.- "Ley que modifica disposiciones que indica del código penal y del código sanitario, con el objeto de precisar las conductas penadas en relación al delito de aborto ", en tramitación, 2006; 8.- "Ley que tipifica el delito de lesiones al ser humano en gestación ", en tramitación, 2006; 9.- "Ley sobre interrupción del embarazo ", archivado, 2006; 10.- "Ley que autoriza la construcción de monumentos a las víctimas inocentes de aborto ", en tramitación, 2007; 11.- "Ley que modifica el artículo 119 del código sanitario para permitir la interrupción del médico del embarazo en caso de riesgo de la madre, en tramitación, 2009, 12.- Ley que "despenaliza el delito de aborto y consagra el aborto terapéutico ", en tramitación, 2010, 13.- - Ley que "despenaliza el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de violación ", en tramitación, 2010, 14.- "Proyecto de ley que establece estatuto jurídico del no nacido ", en tramitación, 2011, 15.- "Proyecto de ley que establece estatuto jurídico del no nacido ", en tramitación, 2011, 16.- - Ley que "permite interrupción del embarazo ante riesgo demostrado para la vida de la madre ", en tramitación, 2011, 17.- Ley que "modifica el Código Sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el Código Penal para su despenalización en las mismas hipótesis ", en tramitación, 2013, en tramitación, 18.- Ley de "Interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas " en tramitación, 2013, 19.- Ley que "establece licitud de los procedimientos de interrupción del embarazo en casos determinados ", en tramitación, 2013, ninguno de los proyectos posee urgencia. Con todo, valga mencionar que todas las iniciativas que han sido votadas a este respecto, han sido rechazadas.

<sup>70</sup> Dicho pronunciamiento se llevó a efecto en virtud del requerimiento de 36 Diputados en ejerci-

El decreto recurrido planteaba, entre otras disposiciones, la distribución gratuita en el sistema público de salud, al cual acceden, en general, las personas de menores recursos económicos del país, de la denominada "píldora del día después", compuesto anticonceptivo en base a levonorgestrel y utilizado una vez que se ha producido la relación sexual, denominado también como "anticoncepción de emergencia". De igual modo establecía la posibilidad de proveer consejería y el mismo compuesto en forma gratuita a menores de edad sin el conocimiento de los padres y/o madres.

Es del caso destacar que dicho anticonceptivo en tal momento, era distribuido en el sistema privado, es decir podía comprarse en farmacias si era prescrito por un médico del mismo sistema, sin embargo tanto la consulta médica, cuanto la misma píldora debían ser costeados por la interesada. En la actualidad con la promulgación de la ley 20.418 que "fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad" del año 2010, la distribución de dicho método anticonceptivo se realiza tanto en el sistema público, cuanto en el privado anteriormente descrito, aunque valga mencionar que en el caso de las menores de 14 años, debe informarse a los padres y/o madres.

El requerimiento en cuestión argumentaba la violación flagrante de algunos preceptos de la Constitución Política de la República, entre ellos: derecho a la vida (artículo 19 N° 1 de la Constitución) e igualdad<sup>71</sup> del feto (artículo 19 N° 2 CPR), reconociéndole como titular de los mismos y de igual manera el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos (artículo 19 N° 10 CPR)<sup>72</sup>.

Por otro lado, el Estado de Chile informó que dicho decreto se basaba en los principios de la Bioética, entendió que la "igualdad de los fetos" no existía sino más bien, la igualdad de las usuarias del sistema público y privado y asimismo reconoció los derechos progresivos, incluso de índole sexual y reproductivo, de los adolescentes. Hizo referencia igualmente a los derechos sexuales y reproductivos, que no se encuentran consagrados expresamente en la Carta Fundamental, así como a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

cio. Éste además incluyó cuestionar la constitucionalidad de un tratamiento anticonceptivo sumamente habitual y de antigua data en Chile, particularmente en personas de escasos recursos económicos, puesto que se encuadra dentro de las políticas de control de natalidad del sistema público de salud, denominado Dispositivo Intrauterino (DIU).

<sup>71</sup> Resulta muy curiosa la alegación de este derecho, en razón de que según los recurrentes habría una violación al derecho a la igualdad establecido en la Constitución Política de la República respecto de otros fetos que sí llegarán a nacer.

<sup>72</sup> En el presente trabajo sólo se analizarán aspectos sustantivos y que tengan alguna relevancia para el tema a tratar, aspectos procedimentales y de forma no serán abordados.

## 2.1. Resolución del Tribunal Constitucional chileno.

El fallo del tribunal constitucional chileno consta de 277 páginas y en él se reproducen varias opiniones e informes de personas y organizaciones públicas y privadas, quienes a requerimiento o de *motu proprio* dieron su parecer al respecto.

El tribunal, después de analizar aspectos procedimentales y estimar que sí era competente para pronunciarse sobre el asunto, además de considerar que el requerimiento sí se ajustaba a Derecho, juzgó que para resolver el asunto debía determinar algunos puntos, los cuales siguen un orden lógico y consecuencial<sup>73</sup>.

Así inicia su razonamiento señalando que se dejarán fuera aspectos personales, indicando que resulta indispensable determinar si la píldora del día después puede afectar la vida del feto, estimando que no se ha descartado que tal compuesto pueda impedir la implantación, por lo tanto considera que sí puede afectar la vida humana, pues se basa en la discordancia de opiniones respecto del tema y en los folletos informativos de los envases del mismo compuesto. Señala asimismo que ante la duda razonable de las posturas respecto de si se afecta o no la vida (recuerda que el Código Civil indica que la vida comienza al momento de la concepción), debe buscarse la explicación en principios como el denominado *pro-homine*, es decir la norma más favorable a la persona humana. Ante esta duda considera que debe privilegiarse la "interpretación que favorezca la vida, en vez de cualquier otra".

Manifiesta del mismo modo, que una interpretación distinta implicaría desconocer la "dignidad sustancial" de todas las personas y que supone que los derechos de los cuales son titulares son anteriores al orden jurídico, en razón de que son manifestaciones de la propia naturaleza.

Resulta interesante destacar que el tribunal además de invertir la carga de la prueba, exigiendo probar un hecho negativo, resuelve este primer punto en base a una duda y no a una certeza<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Algunos autores como Bordalí y Zúñiga han planteado en términos similares, aunque no exactos, la cadena argumentativa del tribunal constitucional: 1.- Determinación de que el embrión es persona. 2.- Determinación de si como persona, es titular del derecho a la vida. 3.- Si dicha titularidad implica la inconstitucionalidad de toda norma que amenace la gestación, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira: "Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después " en *Anuario de Derechos Humanos 2009*, N°5. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010, pág. 117.

<sup>74</sup> BECA FREI, Juan Pablo: "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal constitucional chileno relativo a la distribución de la píldora del día después ". Op. Cit., págs. 206-208.



En segundo lugar se preguntó si el embrión es titular del derecho a la vida garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y en este punto entiende que sí lo es, llegando a tal conclusión del análisis de las actas de la comisión de estudio de la nueva Constitución y debido a que le considera persona, aunque no ahondó sobre esta última afirmación, situación lamentable, puesto que gran parte de la discusión se basó en la misma.

Este último parece ser el punto más trascendental del fallo y aún el más cuestionable, debido a que no entrega razones para su conclusión, la cual debió ser aclarada, sobre todo en consideración a que la doctrina a nivel internacional parece haberle negado la calidad de persona al *nasciturus*. Se deduce del planteamiento del tribunal constitucional, que por el hecho de tener vida humana, se tiene derecho a la misma y en consecuencia se es persona, lo que en otras páginas de este trabajo se ha desestimado.

Enseguida el mismo sentenciador se plantea la necesidad de determinar la extensión del "derecho a la vida del no nacido" y el alcance de su protección, señalando que la protección se debe entender como aseguramiento de un derecho, así basándose en la normativa legal, deduce el siguiente razonamiento: Si se tratase sólo de un bien jurídico, el legislador habría consagrado mecanismos que asegurasen al *nasciturus* la viabilidad de la vida dentro del vientre materno hasta el nacimiento, en cambio en este caso, tal como ocurre con los derechos, existen acciones e instrumentos destinados a que el no nacido "opte por la protección de sus derechos como cualquier otro titular". Así de una norma legal, que se encuentra en el Código Civil, se hace una premisa abstracta y general.

Por estos motivos el tribunal constitucional de Chile decidió no acoger el requerimiento respecto de considerar inconstitucional el uso en el sistema privado del Dispositivo Intrauterino (DIU), ni la consejería para adolescentes, en cambio sí acogió y consideró inconstitucional y particularmente contrario al derecho a la vida, el Decreto Supremo N° 48 del año 2007 en todo lo relativo a la distribución en el sistema público de la denominada píldora del día después.

El fallo cuenta además con dos votos concurrentes<sup>75</sup> y tres votos particulares disidentes<sup>76</sup> a uno de los cuales se hará alusión brevemente.

<sup>75</sup> Ministros Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios.

<sup>76</sup> Ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, estos dos últimos en voto conjunto.

### **2.3. Breve referencia al voto particular disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake.**

Mención especial en este trabajo requiere este voto particular disidente, en razón de que plantea cuestiones sumamente relevantes respecto de la forma que debió resolverse y las cuales en gran medida se comparten.

Comienza su análisis el Ministro Vodanovic, señalando que se discute sobre dos asuntos de vital importancia, en primer término la existencia, rango y entidad de los derechos del embrión preimplantacional, cuestión que acota en mucho el razonamiento que debiera llevar a cabo el tribunal, pero también en segundo lugar plantea que se discute sobre el eventual conflicto de intereses entre un interés protegido y otros derechos fundamentales, como son los de orden reproductivo y sexual.

Razona respecto que el *nasciturus* no es titular de los derechos reconocidos en la Constitución y señala en este sentido que la Constitución no prohíbe el aborto.

Resulta muy interesante que sea el único planteamiento referido a la existencia de los derechos sexuales y reproductivos, manifestando que sí se encontrarían reconocidos, aunque no de manera explícita en la Constitución, en cuanto la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer los contempla expresamente y aún más debido a que la misma Carta Fundamental contempla una cláusula general de dignidad, de la cual se puede desprender el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>77</sup>. También los considera contenidos en los derechos a la integridad física y psíquica, libertad personal, de conciencia y a la vida privada.

Estima que un fallo contrario a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, ocasiona una violación de los tratados internacionales suscritos por Chile y manifiesta, asimismo, que en caso de existir conflicto entre valores de relevancia constitucional, debe preferirse los derechos fundamentales de las mujeres.

El autor de este voto disidente, se refiere a la teoría constitucional, señalando que las Constituciones deben entenderse como normas abiertas, en las cuales el principio rector es la libertad y el libre desarrollo, resultando ajena a la Constitución toda creencia o doctrina que busque imponer su pensamiento o valores en

<sup>77</sup> Derecho que no se encuentra consagrado en forma expresa en la Constitución chilena.

forma excluyente respecto de otras, afirmación que recuerda las actuales tendencias constitucionales respecto de la apertura constitucional y la necesaria mutación constitucional.

Plantea del mismo modo, la existencia de una gran diferencia entre el derecho la vida, cuyo titular es la persona humana, el cual además entiende como "derecho a no ser privado arbitrariamente de ella", acorde con el Pacto de San José de Costa Rica y por otra parte el mandato al legislador de protección del *nasciturus*, este último se constituiría en un interés constitucionalmente relevante para el ordenamiento. Análisis que aunque se puede compartir o no, posee el valor de catalogar la vida del *nasciturus*, en este caso como "interés constitucionalmente relevante", una calificación original dentro de la doctrina chilena.

Para finalizar el Ministro Vodanovic entiende que se produce un conflicto aparente de derechos fundamentales, debido a que el no nacido no es titular de ninguno de ellos y manifiesta que el Estado no puede vulnerar un derecho por proteger un interés jurídico, precisando además, que aunque el *nasciturus* fuera titular del derecho a la vida, para elegir entre uno y otro se debe ponderar la finalidad, medios utilizados e idoneidad de la protección, no pudiendo preferirse de manera anticipada ninguno de ellos.

### ***Conclusión.***

Una vez expuesta la regulación de la protección del *nasciturus* en Chile queda de inmediato manifiesta la abismal diferencia con otros países, entre ellos España y los sistemas internacionales en cuanto a la forma de entender, desde una perspectiva jurídica, la existencia del embrión/feto, debido principalmente como muchas instituciones de nuestro Derecho, a las distintas interpretaciones que de él se realizan. Como pudo notarse, respecto del derecho a la vida los textos constitucionales mencionados no varían en gran medida y se ajustan a la regulación internacional de los Derechos Fundamentales, sin embargo es la interpretación constitucional la que ha ocasionado que en uno y otro país se hayan adoptado medidas contrarias específicamente respecto de la existencia del aborto en cualquiera de sus formas.

Desde una perspectiva intermedia y partiendo de la base de esta relativa similitud tanto en su consagración constitucional, cuanto en los códigos civiles respectivos, se obtuvieron conclusiones sumamente diversas en relación a la consideración del *nasciturus* como persona y como titular del derecho a la vida, donde

en el caso chileno, debido a este reconocimiento se le consideró persona desde el momento de la concepción, mientras que en España, su tribunal constitucional solo le ha otorgado la calidad de bien jurídico o valor, circunstancia que resulta sumamente adecuada y concordante con la teoría de los Derechos Fundamentales, por cuanto solo las personas pueden ser titulares de derechos, pero asimismo destaca a estos efectos la interpretación que realiza el tribunal constitucional español en cuanto utiliza un método evolutivo para realizar su función en relación a dicho precepto, permitiendo cierto grado de apertura de su Carta Fundamental, circunstancia que en último término produce una mayor vigencia a través de los años de la misma.

Puede señalarse que el caso chileno es importante para el análisis de la situación española, en tanto consagra ciertos anhelos y aspiraciones por parte de la doctrina del mismo país, especialmente en el reconocimiento de titularidad de derechos y protección similar al *nasciturus* respecto de las personas nacidas, sin embargo sirve también para conocer algunas consecuencias extremas de la adopción de tal criterio, donde se cuestionó en último término la posibilidad de utilización de ciertos anticonceptivos solamente porque no se demostraba fehacientemente que ellos no ponían en riesgo al embrión preimplantacional, circunstancia que vulneraba directamente derechos reconocidos internacionalmente.

Con todo, si bien se comparte en gran medida lo señalado en la STC 53/1985 de 11 de abril y su posterior desarrollo, este nuevo pronunciamiento parecer ser la oportunidad perfecta para que dicho tribunal, de conservar un criterio similar al anterior, aclare y perfile tanto el carácter, cuanto el grado de protección del *nasciturus*, especialmente en relación a la configuración de éste como valor, afirmaciones que sin lugar a dudas serán importantes para ciertos temas de Bioética que se tornan esenciales en base a los adelantos científicos y por supuesto para la doctrina que se encuentra expectante frente a tal decisión.

### ***Bibliografía.***

- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: "Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad" en *Revista de Derecho Político* N° 53, UNED, Madrid, 2002.

- ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2008.

- ALVÁREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I. Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

- BECA FREI, Juan Pablo: "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal constitucional chileno relativo a la distribución de la píldora del día después" en *Revista Ars Médica* N° 17, Facultad de Medicina Pontificia Universidad católica de Chile, Santiago de Chile, 2008.

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira: "Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después" en *Anuario de Derechos Humanos 2009*, N°5. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004.

- CARMONA CUENCA, Encarnación: "El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 82, Abril/Junio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

- CASAS BECERRA, Lidia: "Aborto y Derechos Humanos" en *VVAA: Los otros Derechos: Derechos Humanos del Bicentenario*. Editorial Arcis, Instituto de Derechos Humanos, Memoria y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2008.

- CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

- DE LA MATA PIZANA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español" en *Ars Iuris*, N° 38, Instituto Panamericano de Jurispru-

dencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Ciudad de México, 2007.

- DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.

- DIEZ PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Editorial Aranzadi, Madrid, 2005.

- EVANS, Enrique: *Derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

- FIGUEROA GARCIA - HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida" en *Revista Ius Et Praxis*. Año 14, N° 1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, Talca, Chile, 2008.

- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol XX N°2, Valdivia, Chile, 2007.

- HERRERA JARAMILLO, Francisco José: *El Derecho a la vida y el aborto*. Ediciones Universidad de Navarra., Pamplona, 1984.

- LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPIN, Eduardo, et alt: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch, Séptima edición, Valencia, 2007.

- MARÍN GÁMEZ, José Ángel: *Aborto y Constitución*. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

- MOLINA GUAITA, Hernán: *Derecho Constitucional*. Sexta Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.

- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- PRIETO SANCHIS, Luís: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990.

- THOMPSON J. J.: "Defensa del Aborto" en DWORKIN, Ronald (Comp.): *Filosofía del Derecho*. Traducción de Javier Sáinz de los Terreros. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1980.
- TURNER SAELZER, Susan: "Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y Procreación asistida" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XII. Valdivia, Chile, 2001.
- UGARTE GODOY, José Joaquín: "El Derecho a la Vida y la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N° 3. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994.
- ZUÑIGA FAJURI, Alejandra: "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria" en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011.

### **Resumen**

Frente a los actuales acontecimientos en España, estas notas pretenden recordar los aspectos más relevantes del estatuto jurídico del *nasciturus* en España y ponerlos en relación con la curiosa regulación de la misma materia en la República de Chile, donde se prohibió la distribución de la denominada píldora del día después en base a tal normativa. Se exponen aspectos fundamentales sobre la protección del *nasciturus*, especialmente desde el análisis de dos sentencias emblemáticas dictadas por los tribunales constitucionales de España y Chile.

### **Palabras clave**

Nasciturus, vida, derecho a la vida, estatuto jurídico del no nacido.

### **Abstract**

Faced with the current events of Spain, these notes intended to recall the most important aspects of the legal status of the unborn child and put them in connection with a curious regulation of the same subject in the Republic of Chile, where the distribution of the emergency contraceptive pill was banned based on such rules. It exposed fundamental aspects of the unborn child protection, especially from the analysis of two emblematic judgments of the spanish and chilean Constitutional Courts.

### **Key words**

Unborn child, life, right to life, unborn legal status.