

CONSEJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

SESIÓN 230

Fecha: 17 de noviembre de 2014

Asistentes

Don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
Don José Aylwin Oyarzún (participa por teleconferencia, artículo 12 del Estatuto)
Doña Carolina Carrera Ferrer
Don Sebastián Donoso Rodríguez
Doña Lorena Frías Monleón
Don Carlos Frontaura Rivera
Don Roberto Garretón Merino
Don Claudio González Urbina
Don Sergio Micco Aguayo
Don Manuel Núñez Poblete

TABLA

1. Aprobación actas 228 y 229. 2. Discusión y aprobación apartado “Acceso a información y archivos secretos” e “Introducción”, redacción de Recomendaciones y Aprobación final del Informe Anual 2014 sobre la situación de los derechos humanos en Chile. 3. Discusión y aprobación de “Documento n°2: Desafíos y ámbitos de instalación” de la propuesta “Instalación sedes regionales INDH”. 4. Varios.

1. Aprobación actas 228 y 229.

Se aprueban las actas 228 y 229.

2. Discusión y aprobación apartado “Acceso a información y archivos secretos” e “Introducción”, redacción de Recomendaciones y Aprobación final del Informe Anual 2014 sobre la situación de los derechos humanos en Chile.

La directora solicita la presencia de la Jefa de la Unidad de Estudios para la revisión de los apartados:

- Acceso a información y archivos secretos
- Introducción

Asimismo, se redactan el apartado recomendaciones, aprobándose por los/as consejeros presentes.

El consejero Sebastián Donoso vota en contra de las siguientes recomendaciones: (a) en el apartado sobre 'Derecho a la educación', primera recomendación relativa a la propuesta legislativa de reforma educacional, por las mismas razones contenidas en el voto de minoría a propósito del capítulo respectivo; (b) en el apartado sobre 'Derecho a la salud y maternidad', penúltima recomendación relativa a la ampliación de la cobertura de la fertilización asistida, en la medida que la frase "haciéndose cargo del debate sobre manipulación de embriones" está redactada de una forma que abre la puerta a dicha manipulación sin pronunciarse sobre la vulneración del derecho a la vida que ello implicaría; (c) en el apartado sobre 'Derecho a la salud y maternidad', última recomendación relativa a las causales de aborto y en particular la sugerencia en cuanto a clarificar la situación legal del aborto terapéutico, en la medida que dicha clarificación es innecesaria visto lo dispuesto por la normativa; (d) en el apartado sobre 'Derechos de los pueblos indígenas: territorio y consulta previa', segunda recomendación relativa al *"diseño de mecanismos idóneos, pertinentes culturalmente, y ajustados a la normativa internacional, para avanzar en la restitución de las tierras y los territorios reivindicados por los pueblos indígenas, incluidas aquellas tierras tradicionales indígenas, bajo las condiciones y limitaciones que establece el derecho internacional de los derechos humanos"*, en la medida que el concepto 'restitución' no es un concepto utilizado por el Convenio 169 OIT ni apropiado para describir la diversidad de políticas concretas que permitirían a los gobiernos cumplir con las obligaciones que en la materia establece el citado tratado internacional; (e) en el apartado sobre 'Derechos de los pueblos indígenas: territorio y consulta previa', tercera recomendación relativa al evento en que las tierras estén inscritas a nombre de particulares, para que la *"legislación contemple, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de esas tierras indígenas, con la correspondiente indemnización a favor de terceros poseedores de buena fe"*, en la medida que la expropiación es una de muchas alternativas de política pública que los gobiernos podrían implementar para cumplir sus obligaciones bajo el Convenio 169, cuya utilización además podría perpetuar o incluso agravar la situación de conflicto y violencia que se vive en el sur del país; y (f) en el apartado sobre 'Derechos de los pueblos indígenas: territorio y consulta previa', cuarta recomendación relativa al evento en que las tierras estén inscritas a nombre de particulares, para que la *"legislación contemple el expreso reconocimiento de la propiedad indígenas sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indígenas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción, incluyendo causales de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento"*, en la medida que la legislación no podría contemplar el expreso reconocimiento de propiedad indígena sobre tierras o territorios que no han sido previamente delimitados y que además utiliza el concepto restitución (por los mismos argumentos ya señalados).

El consejero Carlos Frontaura vota en contra, al igual que el consejero Sebastián Donoso, de las dos últimas recomendaciones del apartado sobre "Derecho a la salud y maternidad", es decir, aquellas en que se recomienda la ampliación de la

cobertura de fertilización asistida y aquella en que se sugiere clarificar la situación legal del aborto terapéutico en Chile. Además de compartir los argumentos que ha dado el consejero Sebastián Donoso, a los que adhiere plenamente, agrega que ambas recomendaciones van a generar interpretaciones y consecuencias inconvenientes para la protección integral de los derechos de la madre y del niño en gestación. De igual manera vota en contra de las recomendaciones del apartado "Derechos de los pueblos indígenas: territorio y consulta previa", adhiriendo en los mismos términos a los argumentos señalados por el consejero Sebastián Donoso. Por último, en relación al apartado sobre "Derecho a educación", aunque entiende que por haber rechazado el capítulo, también rechaza todas las sugerencias, viene en votar en contra especialmente de la primera de las recomendaciones por los mismos argumentos que expresó al rechazar el capítulo, ya que a su juicio los supuestos que están detrás, afectan la libertad de enseñanza que es parte integral del derecho a la educación consagrado en los tratados internacionales y que no está ni subordinado, ni es accesorio a otros elementos. . Respecto del apartado 2 sobre recomendaciones generales, sobre *Ratificación de instrumentos internacionales pendientes*, previene que, como lo ha sostenido invariablemente en el Consejo, comparte la primera parte de la recomendación en cuanto invita a los poderes del Estado a ratificar los tratados en materia de derechos humanos que estén pendiente, pero discrepa de la segunda parte en que se mencionan convenciones en particular, puesto que considera que, por deferencia al papel que le compete a los poderes públicos como representantes de los ciudadanos, es en su seno donde debe darse el debate y ponderación de qué tratados en concreto debieran ser ratificados.

El consejero Miguel Luis Amunátegui vota en contra de las recomendaciones del apartado "Derecho a educación y libertad de enseñanza en la reforma educacional", "Derecho a la salud y maternidad" y "Derechos de los pueblos indígenas: territorio y consulta previa", adhiriéndose al voto de minoría del consejero Sebastián Donoso.

El consejero Sebastián Donoso manifiesta además su disconformidad con el hecho que el texto de las recomendaciones propuestas en materia de derechos de los pueblos indígenas no recogió adecuadamente el tenor del debate y acuerdos del Consejo al tratar el respectivo capítulo.

La directora rechaza lo dicho al final por el consejero Sebastián Donoso puesto que el rol de los consejeros es precisamente revisar dentro de los plazos los diferentes documentos que conforman el Informe Anual y que para ello el consejero tuvo las recomendaciones anticipadamente.

La consejera Carolina Carrera no está de acuerdo con lo señalado por el consejero Sebastián Donoso respecto de que las recomendaciones del capítulo no recogen el debate del Consejo y agrega que se fueron trabajando una a una cada recomendación en la presente sesión



La directora señala que se encuentra pendiente la aprobación del apartado relativo a "Derecho a la salud y maternidad", el cual es revisado por los/as consejeros presentes, incorporándose los cambios solicitados y siendo aprobado con el voto en contra del consejero Miguel Luis Amunátegui, cuyo voto de minoría se adjunta al final de la presente acta.

Revisados los capítulos, la directora solicita la aprobación de la propuesta de Informe 2014 sobre la situación de los derechos humanos en Chile, el cual debe ser aprobado por los dos tercios de los consejeros en ejercicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° inciso final de la Ley indicada.

Con los/as consejeros/as presentes se procede a votar. Efectuada la votación de la manera indicada, el Consejo aprueba la propuesta de Informe presentada por la Directora, de conformidad a los quorum exigidos por la ley.

Complementando las actas anteriores, se consigna en la presente acta que el apartado "Derecho a educación y libertad de enseñanza en la reforma educacional" fue aprobada por los/as consejeros/as en ejercicio, con los votos en contra de los consejeros Miguel Luis Amunátegui, Sebastián Donoso y Carlos Frontaura.

La directora señala que la consejera Consuelo Contreras le otorgó un poder para que manifestara su conformidad con la aprobación de la propuesta de Informe 2014 sobre la situación de los derechos humanos en Chile.

3. Discusión y aprobación de "Documento n°2: Desafíos y ámbitos de instalación".

La directora informa sobre su presentación ante el Consejo del Servicio Civil para presentar los perfiles para coordinadores de las sedes regionales, los cuales serán publicados el día domingo 23 de noviembre de 2014 en diarios de circulación nacional.

Indica que en atención a los tiempos, solicita la aprobación del "Documento n°2: Desafíos y ámbitos de instalación" de la propuesta relativa a la Instalación sedes regionales del INDH. Señala que en la propuesta se indica la necesidad de iniciar la instalación de las sedes regionales de Puerto Montt y Valparaíso, para luego continuar con las restantes. Justifica el motivo por el cual se iniciará en dichas regiones.

El consejero Manuel Nuñez manifiesta su preocupación en el evento que el proyecto de Ley relativo al Presupuesto 2015 no sea aprobado y las implicancias de que se haya iniciado un proceso de concurso.



La directora solicita la aprobación del documento respectivo, aprobándose por la unanimidad de los/as consejeros/as presentes.

4. Varios

a. Invitación Cuenta tu tesis en Derechos Humanos.

La directora informa sobre la ceremonia de premiación del concurso "Cuenta tu tesis en derechos humanos", que se realizará el día 15 de diciembre de 2014. Indica que la tesis ganadora fue otorgada a Daniel Rojas Bastidas, egresado de la Escuela de Derecho de la PUCV, titulada "Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Pone en conocimiento del Consejo que para dicha fecha, se encontrará en Brasilia y solicita la presencia de un consejero, quien vaya en representación del INDH. El consejero Roberto Garretón manifiesta su disponibilidad.

b. Sentencia Caso PDI.

La directora pone a disposición del Consejo el veredicto del Primer Tribunal Oral Penal de Santiago en que se declaró culpables a 9 de los 10 funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, acusados de participar de una red de corrupción que realizó apremios ilegítimos, detenciones ilegales, allanamientos ilegales, y falsificación de partes policiales. Informa que el próximo 5 de enero de 2015 se conocerá la sentencia y las penas que deberán cumplir los funcionarios de la PDI que fueron condenados.

c. Caso FACH.

La directora informa sobre los principales aspectos relativos al caso "Maldonado y otros versus Chile", que fue remitido por la Comisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por denegación de justicia. Destaca la editorial de "La Tercera" en que se cuestiona la participación de la Corte Suprema y la competencia de la Corte.

Destaca positivamente que la Excma. Corte Suprema envíe al Sr. Ministro Dolmestch y a la encargada de la Unidad de Estudios Constanza Collarte en calidad de testigos porque constituye un compromiso del Poder Judicial en estas materias. Indica los riesgos de invocar la incompetencia de la Corte e indica que en este caso las probabilidades que el Estado de Chile sea condenado son muy altas, indicando que lo más acertado habría sido llegar a una solución amistosa ante la Comisión.



d. Declaraciones de intereses.

La directora informa que enviará los formularios de declaración de interés y patrimonial, para que los/as consejeros/as actualicen sus declaraciones respectivas, en caso de que haya habido modificaciones.

e. Misión de observación.

La directora pone a disposición del Consejo, la propuesta de Informe "Misión de observación Provincia de Petorca", donde participó el consejero Sebastián Donoso.

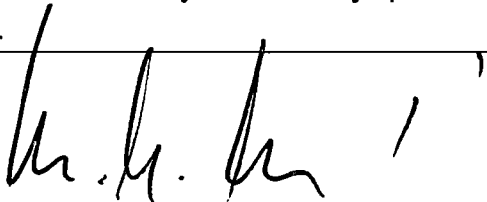
Señala que se recibirán las observaciones hasta el día 28 de noviembre de 2014 y se someterá a aprobación del Consejo, en la sesión correspondiente al día 1° de diciembre de 2014.

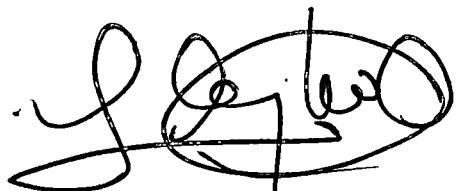
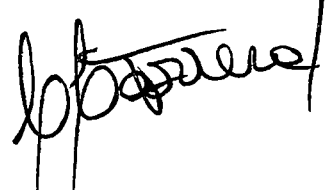
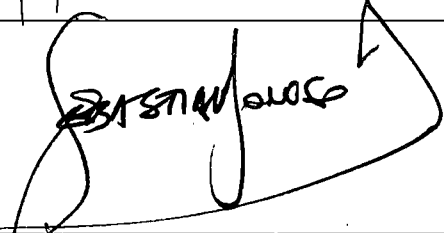
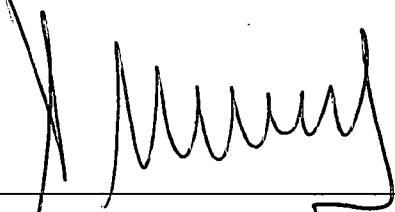
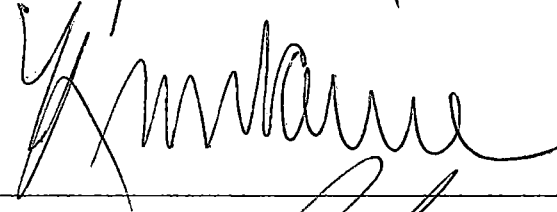
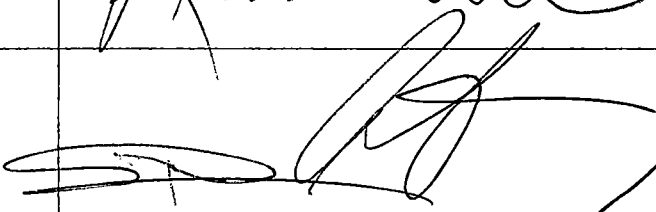
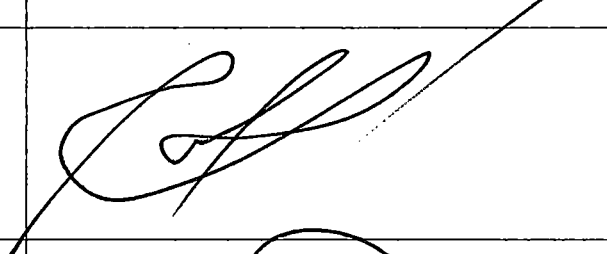
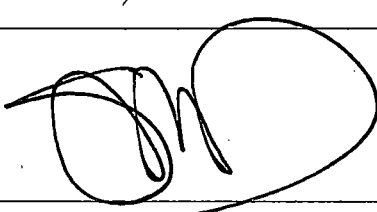
f. Propuesta de Informe sobre el Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos.

La directora informa que envió el texto final sobre el Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Boletín 8207-07. Señala que es una adecuación al informe ya aprobado por el Consejo y solicita su aprobación, la que se procede a otorgar por los/as miembros del Consejo.

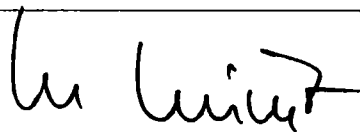
Resumen de acuerdos adoptados

- Se aprueban las actas 228 y 229.
- Se aprueban los apartados "Acceso a información y archivos secretos" "Introducción" y "Recomendaciones". Respecto de este último, con los votos de minoría, en los términos señalados en el cuerpo del acta, de los Miguel Luis Amunátegui, Sebastián Donoso y Carlos Frontaura.
- Se aprueba el apartado "Derecho a la salud y maternidad", con el voto en contra del consejero Miguel Luis Amunátegui.
- Se aprueba la propuesta de Informe Anual de Derechos Humanos 2014.
- Se aprueba el documento "Documento n°2: Desafíos y ámbitos de instalación".
- Se aprueba la Propuesta de Informe sobre el Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos.

Don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg	
---------------------------------------	--

Don José Aylwin Oyarzun	
Doña Carolina Carrera Ferrer	
Don Sebastián Donoso Rodríguez	
Doña Lorena Frías Monleón	
Don Carlos Frontaura Rivera	
Don Roberto Garretón Merino	
Don Claudio González Urbina	
Don Sergio Micco Aguayo	

Don Manuel Núñez Poblete



Redacta la presente acta por la abogada Paula Salvo Del Canto

Santiago, 22 de Octubre de 2014.

Sra. Lorena Fries
Directora:
Instituto Nacional de Derechos Humanos

Estimada Directora:

Me refiero al documento propuesto al debate para su inclusión en el informe anual 2014 titulado "*Maternidad Voluntaria*", entregado el 13 del presente a las 13 hrs. para su análisis por los Consejeros y "envío de correcciones con redacción alternativa hasta el 22 a las 24 horas".

En su párrafo sobre Antecedentes se incluyen menciones de diversas situaciones críticas que sufren mujeres y jóvenes que deberían recibir el necesario y oportuno apoyo, sin el cual, se estarían atropellando sus derechos a la salud sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica y a la vida privada, con ribetes dramáticos cuando la involucradas son niñas o adolescentes de los quintiles pobres o cuando cualquier mujer enfrenta la maternidad o la imposibilidad de ésta, en un sentido contrario a sus posibilidades y su proyecto de vida; se alude al debate público nacional sobre el aborto y el proyecto de ley que al respecto presentará el Gobierno durante el presente año para despenalizarlo en tres situaciones específicas; se afirma que el desarrollo internacional de los derechos humanos ha ido precisando algunos ámbitos del derecho a la salud sexual y reproductiva, como el de la autonomía, se anuncia el análisis de estándares internacionales de derechos humanos y de la normativa nacional "*atendiendo tanto a la protección que ofrecen a las mujeres en su opción por la maternidad como cuando eligen no convertirse en madres, examinando el cumplimiento por parte el Estado de Chile de sus obligaciones de respeto y protección de las mujeres en esas circunstancias.*"

Luego de un detenido examen del documento y existiendo en él una cantidad tal de afirmaciones e inferencias incompatibles con una adecuada y rigurosa hermenéutica del derecho aplicable, esto es, vinculante y exigible a los Estados y a las personas, se hace impracticable una pormenorizado

M

L.

comentario y corrección del texto en tan breve plazo, razón por la cual entregaré mi posición fundada en la antropología que ha servido de fundamento claro al derecho chileno, en sus propias normas positivas y en las del derecho Internacional atinentes que, por ser incompatibles con lo que se nos ha entregado para su análisis, constituye el fundamento de mi voto negativo a incluir el apartado en el informe anual que el que dejo expreso en este documento.

INTRODUCCION.

Para la antropología que inspira nuestro Orden Jurídico, la persona está dotada de inteligencia y de razón que le permiten la captación de los valores y discernir el bien que le perfecciona de aquello que le perjudica. Está dotada también de voluntad, libertad y autonomía para determinarse a si misma y optar entre diferentes alternativas del bien, compatibles con el orden moral. Por ello tiene responsabilidad de sus actos. Esto es lo que informa nuestra Constitución, nuestro Código Civil o nuestro Código Penal, por señalar algunos textos.

En las personas se dan aspiraciones que superan a sus propias aptitudes y, en extensión, a su propia vida, de modo que ellas no pueden materializarse sin una instintiva, pero inteligente y voluntaria asociación con otras personas. Esta sociabilidad, natural en ellas, es instintiva pero a la vez libre y voluntaria y es la que les lleva a constituir la familia, la sociedad y las entidades intermedias. Por ello es que donde está la persona, está siempre la sociedad y que el núcleo básico de la misma, lo constituya la familia, que merece protección.

Lo anterior genera vínculos y sitúa a las personas en una malla de relaciones en la que se dan, constitutivamente, derechos y deberes recíprocos, ya que las personas, en el uso de su libertad y autonomía, pueden o suelen errar o extralimitarse, y con ello, causar daño a otros o a la propia sociedad. De allí que el ejercicio de nuestras facultades inherentes a nuestra naturaleza humana requiere del Derecho, entendido como conjunto de normas que regulan la convivencia, garantizando derechos e imponiendo deberes que la hacen posible y le permiten lograr, en orden, con justicia y paz, el bien común que es el fin de la sociedad.



Es claro, entonces, que ninguna de estas facultades o derechos por absolutos que fueren, carece de límites, pues deben compatibilizarse, con los de quienes conforman la comunidad. También lo es, que la Sociedad, en esta función, debe respetar, como lo prescribe nuestra Constitución, "*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*", lo que es un reconocimiento *de que tales derechos, no tienen su origen en la voluntad estatal sino en la ley natural*. Por ello es que la Carta Fundamental reconoce en su Art. 5° que *la soberanía nacional está limitada por tales derechos*.

Es así, que los derechos de las personas, por fundamentales que fueren, no pueden desligarse, en su ejercicio, de los fines de perfección moral de sus titulares ni de los deberes que generan sus vínculos de naturaleza social. Ellos suponen un ejercicio garantizado, pero compatible con la conjunción y el perfeccionamiento de una comunidad en la que el bien de todos y de cada uno debe ser respetado. Por ello no existen derechos cuyas facultades sólo puedan mirarse por su referencia a su titular.

Por su parte, la naturaleza racional y libre de las personas que permite discernir y determinarse a actuar autónomamente, es la causa de la dignidad trascendente y de la radical igualdad de las mismas y la que determina sus derechos que miran a su propia perfección. Pero ellos no son desligables de la comunidad que conforman. Si bien, son fundamentales, deben necesariamente compatibilizarse con los de quienes conforman esa comunidad y con los fines de perfección moral de cada cual, que también imponen deberes. Esta es la razón de que todo Estado debe reconocer, preservar y hacer compatible el ejercicio de tales derechos, en el orden y la justicia, para que hagan posible el bien común.

Pero no obstante ser esta una realidad, más que centenaria, recogida por nuestro orden jurídico, se empieza a observar, en los años recientes que, en la promoción de ciertos derechos, bajo la advocación de *derechos humanos* aparece una concepción ideológica de carácter subjetivista, de una *persona moderna, desligada de la comunidad, considerada como un ser absoluto, que reivindica para sí poderes no sujetos a la razón ni a la justicia ni a la naturaleza de las cosas*. Se postula, así, artificiosamente un ser desvinculado de todo dato previo natural o moral o social que respetar y de todo orden trascendente o natural, lo que, paradójicamente, conduce a desconocer la idea misma de respeto a *derechos inherentes a esa naturaleza humana*, de quienes integran la sociedad porque aparecen ilimitados y vacíos de fundamentos.



Y ello es así, porque, en el extremo, se postula, en algunos casos, una libertad de adherirse a un proyecto cualquiera, sin más fundamento que el propio querer, con derechos desvinculados de sus fines propios y de toda responsabilidad u obligación que emane de un orden humano de libertades sociales o consuetudinarias que no sea el que se avenga con la lógica de una democracia formalista que, por alejarse de esos fundamentos, deviene en arbitraria, exorbitada y totalitaria.

Esos “derechos”, no debidamente fundados, ni siquiera razonablemente definidos, se presentan al margen del Orden Jurídico democrático, como afirmados en vaguedades que sólo surgen de un dinamismo interpretativo abusivo de deducciones ideológicas, individualistas y voluntaristas, tan extremas, que al fin, por agregar derechos arbitrarios, niegan toda forma de libertad consistente con la naturaleza humana e impiden cimentar una sociedad perdurable en el tiempo, en bienes y valores comunes compartidos, como la paz y la justicia. Y es que con ello, paradójicamente se niega el orden de la libertad y se subjetiviza en extremo y sin límites, la “potestas” individual, desligándola, cada vez más, del sentido de la realidad social, es decir, de todo deber correlativo. Se trata, así, de derechos sin deberes y de titulares que buscando sólo lo propio, desconocen su naturaleza social.

Ello es lo que ocurre, por ejemplo, cuando para justificar un *derecho a dar muerte al ser humano que está por nacer*, se le postula mediante ese *dinamismo interpretativo arbitrario*, como una *emanación del deber de no discriminación*; o de la *“autonomía de la mujer, que le permitiría disponer de su propio cuerpo”* o de su *“derecho de intimidad que impediría al Estado interferir con el derecho de una maternidad voluntaria, por no permitir el aborto”* o porque —se dice— *“lo que sucede con motivo de la gestación, ocurre sólo en el cuerpo de la mujer”* o porque *“tal facultad no sería más que una emanación de sus “derechos reproductivos”*. Y todo ello, con total desconsideración de la realidad natural de las personas que están por nacer, de su inocencia e indefensión y sólo afirmado en el falso supuesto de que *“quienes están por nacer aun no serían personas titulares de derechos jurídicos*, como si la madre en la que éste se gesta no hubiera tenido a su vez su origen, en el seno de la suya propia. Lo anterior, dicho sin desconocer que, en ocasiones, el embarazo, si proviene de una violación, pueda resultar una difícil tarea, que ciertamente requiere de comprensión, amparo y afectos cercanos para culminarla con éxito. Es la vida la que está en juego y tanto las personas como el Estado tienen su incumbencia en estos apoyos.

El problema es que con *derechos* de esta estirpe se busca soslayar que los derechos fundamentales no son ilimitados ni incoherentes con la naturaleza humana; que ellos, como todos los derechos, tienen su finalidad natural definida de perfección humana, con efectos más allá de sus titulares, en otras personas y en la sociedad; que por ello les son inherentes límites, responsabilidades y obligaciones que la razón y la justicia imponen; que por lo mismo no pueden ejercerse al precio de causar injustos y gravísimos daños a un inocente e indefenso, como sería el caso de privar deliberadamente de la vida al ser humano que está por nacer, y además, también, daños a la sociedad a la que se pertenece, pues en, tal caso, se daña la justicia y el bien común.

Ciertamente la violación es un hecho gravísimo y la sociedad debe reaccionar con eficacia ante tales crímenes tanto para prevenirlos como para reprimirlos, pero no es el ser indefenso que se espera, quién deba pagar las consecuencias.

Si en el esfuerzo por difundir y hacer efectivos los derechos humanos, se generalizara el predicamento abusivo a que aludimos, para postular un individualismo extremo, un egoísmo sin redención, derechos absolutos por encima de toda consideración y desligados de toda obligación, no se ennoblecería ni se prestigiaría la necesaria tarea de poner en vigencia aquellos derechos. Por el contrario, ello conduciría a una tiranía en la que todo cuanto dispone la norma estatal o internacional, por vago, indefinido o infundado que fuere, se intentaría transformar en obligación, mediante esa abusiva dinámica interpretativa, burocrática, ideológica y voluntarista, de una libertad sin responsabilidades y de un individualismo extremo que prescinde de toda justicia. Pero ello es violatorio, precisamente, de los derechos humanos, cuyos fundamentos no pueden ser arbitrarios, vagos e indefinidos, sino específicos y coherentes, porque emanan de la propia naturaleza de la persona.

Es así en el caso que nos ocupa, en el que se postula un reconocimiento legal para permitir matar al inocente que está por nacer, cuando el embarazo es producto de una violación, o cuando conduce un ser inviable. También se pretende conjuntamente tal autorización, cuando el aborto no es una acción directa sino consecuencia de una terapia destinada a salvar la vida de la madre y no obstante que, en tal caso, ello no está prohibido en la ley, precisamente con un claro fundamento en el riesgo cierto de la vida de la madre.

Pero, en todo caso, esta pretensión, fundada en los procedimientos dichos, no cabe dentro del orden jurídico chileno porque es contraria a la

M

h.

Constitución Política, a la Ley, a la Jurisprudencia y a la Doctrina y también, a los Tratados Internacionales relativos a los derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, los que protegen esa vida y prohíben el aborto, como se pasa a analizar.

A. La Constitución Política.

1. EL artículo 1º de la Constitución Política reconoce que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...)

El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...

Es deber del estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia (...)y propender al fortalecimiento de ésta..”

La norma reconoce las calidades inalienables del ser humano y el respeto que se debe a sus derechos; define la familia como núcleo fundamental de la sociedad; *dispone que el Estado está al servicio de la persona; que su fin es el bien común, lo que implica garantizar la seguridad, la paz y la justicia a los miembros de la comunidad y que es su deber resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y fortalecer la familia que es precisamente donde se genera la vida.*

2. En el Art. 5º, señala: *“La soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

El concepto de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por la Carta y que imponen una limitación a la propia soberanía nacional, y por lo tanto al legislador, no es en consecuencia una mera prescripción sino un reconocimiento, conforme a la ley natural, de la preexistencia de aquello que como la vida, la dignidad, la libertad y la igualdad, son cualidades inherentes a la naturaleza humana que no derivan



de la ley y que no pueden ser afectadas en su esencia ni por la legislación positiva ni por los Tratados.

3.- El numeral 26 del Art. 19 por su parte garantiza que estos derechos no pueden ser afectados en su esencia.

Y no cabe duda de que entre los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana se encuentra, en primer lugar, el derecho a la vida y que el legislador, que ejerce la soberanía, no puede violar tal límite, para permitir el aborto, considerado como la acción de *poner fin a la existencia del ser humano en gestación*, salvo que con ella la madre se encuentre en la situación real de perder la suya y siempre que la muerte del nasciturus sea, en tal caso, consecuencia derivada de la aplicación a la madre de una terapia rigurosa y no de la directa intención y acción maliciosa de matarle.

4. El Concepto de persona que utiliza su artículo 1º, si bien fue el que a instancias de una concepción feminista que quería evitar una discriminación de la mujer, sustituyó por la Ley 19611, al de “hombres” que se utilizaba en el pasado, como comprensivo de todo el género humano, es, sin embargo, de mayor extensión y profundidad y merece también un análisis de sus alcances.

Desde luego corresponde acotar como lo hace la profesora Angela Vivanco en que el hecho “redundó en que en toda la Carta Fundamental apareciera la voz “persona” como el término utilizado para referirse al individuo de la especie humana, como se constata de la lectura de los incisos 1º, 4º y 5º del artículo 1º; artículo 12; artículo 16 N°2; encabezado del artículo 19 y expresamente mencionado además en sus numerales 1 inciso 1º, 3 inciso 2º, 4 en sus dos incisos, 7 letras a) y c) inciso 2º, 9 inciso final, 10 inciso 2º, 12 incisos 3º, 4º y 5º, 15 incisos 5º, 7º y 8º, 16 inciso 2º, 20 inciso 2º y 21 en su inciso 3º.¹

Por otra parte, este concepto es de raigambre cristiana y humanista, como lo ponen de manifiesto Helmut Coing, Nicolai Hartman y CF. Nohl, o Max Scheller, entre tantos otros Filósofos del Derecho, al señalar los siguientes elementos de juicio:

“El cristianismo y el humanismo han conformado históricamente la imagen valorativa del hombre, que ha penetrado en los órdenes jurídicos de

¹Angela Vivanco, en El Derecho a la Vida y la Discusión acerca del Concepto de Persona Humana en el ámbito Constitucional. R. De Derecho Chileno, Vol 28 N°2 pp. 467-480 (2001) Pag. 467 Nota 2.

la cultura occidental. Ambos le conceden un valor específico que no puede ignorarse, el valor de "persona".

"Esta concepción es necesaria en cuanto se reconoce, sin más, la existencia de lo moral. Así lo ha elaborado en Alemania la doctrina clásica del derecho, bajo la influencia de Kant, Fichte y Hegel. Pues con la moral está dada también la responsabilidad moral propia del hombre. Los valores morales obran en la conciencia humana y se realizan determinando la voluntad del hombre".²

"El hombre es el punto de penetración de los valores en la realidad"³

"Los valores llaman a cada individuo, cada individuo responde a ellos. Nadie puede ahorrarle al individuo esa responsabilidad. Nadie puede delegar su representación ante la propia conciencia, y ningún poder externo puede derrotar a ésta. Con esa tarea personalísima, con esa personalísima responsabilidad, cobra el hombre una "dignidad" que le es característica. Ella le da un ámbito sumamente personal y le convierte en ser moral, infinita e incomparablemente superior a todo bien material. Siempre que entran en la conciencia valores y exigencias morales en forma pura resulta necesariamente exigido el reconocimiento de la dignidad moral del hombre. La esencia de la dignidad personal se encuentra pues en su autonomía moral, si entendemos por tal la inmediata posición y actitud del hombre respecto de los mandamientos morales, la tarea que consiste en vivir en trato inmediato y responsabilidad directa con y ante lo moral"⁴

"Pues con esa tarea queda el hombre remitido a la autoformación de su propia vida, se encuentra ante la exigencia de dirigir su vida según su intelección moral".⁵

De allí entonces que la *calidad de persona* que la Constitución le reconoce, proviene de la *valoración moral del ser humano* que han hecho el cristianismo y el humanismo. Es en esta calidad moral de personas autónomas, dotadas de esta dignidad en la que las personas nacen libres e iguales dignidad y en derechos, sin que sea permitida interferencia alguna por parte del Estado o de terceros. Por otra parte, la propia historia fidedigna de la Constitución

² Helmut Coing en Fundamentos de Filosofía del Derecho-La Idea del derecho y la Naturaleza de la Cosa, Ediciones Ariel, Barcelona 1961, Pág 145.

³ N. Hartmann, Ethik, P. 161

⁴ Cf. Nohl. Ethische Grunderfahrungen, p.,16; Hartmann, Ethik, pp 161-169; Scheller, Formalismus, etc. pp 498, 515.

⁵ Helmut Coing Ob. Cit pág.145

chilena precisa que la "dignidad del ser constituye una emanación de su Creador"⁶

5. Y es claro que el nasciturus es persona en el sentido constitucional del término.

La historia fidedigna de la ley así lo confirma. En efecto, Cuando se dictó la ley 19.611 de 16 de Junio de 1999 que generó el cambio de la voz "hombres" por el de "personas" en el artículo 1º de la Constitución, el senador Carlos Bombal pidió que previa una aclaración del Presidente de la Comisión, Senador Larraín -que confirmó su planteamiento- se dejara constancia en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, de que "jamás se podrá desprender del texto de la reforma que "se es persona y por ello sujeto de derecho a partir del nacimiento", "pues este asunto ya fue zanjado"... por la norma del Art. 19 N°1 de la Constitución que... "al proteger la vida del que esta por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que "La Constitución asegura a todas las personas"; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción".

Como consecuencia de ello durante el segundo trámite constitucional se aprobó dejar constancia, en el Senado, de que "si se aprueba este proyecto" —como ocurrió— *"la interpretación dada a la referida norma deberá seguir porque no se modifica su sentido con la expresión "las personas" agregada en la Comisión a sugerencia del Senador Hamilton. Este hecho no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término "persona" que, dentro de la tradición jurídica ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer"*.⁷

Así, a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas de rango legal, es claro que para el constituyente la persona que está por nacer desde la concepción, persona en el sentido constitucional del término, y por ende, titular del derecho a la vida.

Ello se ve confirmado por la constitucionalista Ángela Vivanco cuando señala: *"Si bien el enunciado del artículo 19º de la Carta Fundamental establece que se aseguran las garantías fundamentales a "todas las personas" en concordancia con lo ya dicho a propósito del artículo 1º inciso 1º de la*

6 Informe de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 16 de Agosto de 1978. Anteproyecto Constitucional y sus Fundamento. Ed. Jur. De Chile.



misma, lo cierto es que a propósito del derecho a la vida, nueva garantía dentro de la Carta, es que se desarrolla, realmente en propiedad, el concepto constitucional de persona".⁸ Y explica que la introducción de esta garantía en el artículo 19 se había hecho *"en consideración a que frente a un desarrollo sistemático y verdaderamente racional de la Constitución "se hace necesaria la consagración del derecho a la vida, en virtud del menosprecio que en la actualidad la ha afectado, cometándose delitos de la más diversa naturaleza en su contra...Ello guarda plena concordancia con el hecho que la estructura de las carta Fundamental de 1980 descansa en una concepción humanista y cristiana del hombre que de acuerdo a la historia fidedigna de ésta se identifica con el sentir e idiosincrasia de la comunidad nacional, que considera que la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico el cual debe prestarles una protección eficaz y segura."*⁹

6. El artículo 19 de la Carta dispone: La Constitución asegura a todas las personas:

1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en la ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

El precepto del numeral 1, del artículo referido, junto con destacar que *el principal derecho humano es el de la vida y que la ley protege la vida del que está por nacer*, constituye un reconocimiento claro de que la *"persona humana"* es ya digna de protección mientras está en gestación. Los constitucionalistas Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira consignan en este aspecto, que esta disposición *"que es reproducción literal de la contenida en el artículo 75 del Código Civil se incluyó en el texto constitucional con el propósito de que en el futuro no se pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto. En tal sentido después de un largo debate, se dejó constancia en actas que a través del precepto constitucional se está condenando el "aborto" y no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador determinará si hay casos tan calificados , como*

⁷ Historia de la Ley 19.611. Pág 153 y 154.

⁸ Angela Vivanco Ob. Cit. Pág 476. Y referencia a misma autora en El Derecho a la Vida y a la integridad física en la Carta de 1980.

⁹ Angela Vivanco Ob. Cit pag476 con referencia en nota 40 a Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sección 18, párrafo 4.p.23.

el del aborto terapéutico, principalmente, que puedan ser constitutivos de delito”(Sesión N° 90, pág.20)¹⁰

Los profesores referidos citan, a su vez, al comisionado, profesor Enrique Evans de la Cuadra, quién en su obra Los Derechos Constitucionales expresa, en página 100, *“Estimamos sin embargo que hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados en que exista autorización responsable del padre o del médico tratante. Lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución es la practica masiva del aborto común”*.

B. La Ley Civil

El Art. 75 del Código Civil prescribe desde 1857: *“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo pelagra.”*

Hemos visto ya que al agregar el Constituyente al Art. 19 de la Constitución, expresamente, que *“La ley protege la vida del que está por nacer”* se ha dado un reconocimiento constitucional *a la norma que sienta el sustancial principio general, válido para interpretar el significado de ambas normas, porque no sólo reconoce al ser humano que está por nacer sino que le prodiga, en términos prácticos e inequívocos, la protección que le es debida según prescripción de la propia Constitución.*

Más aun, para preservarlo de todo daño dispone en su inciso tercero que: *“Todo castigo de la madre por el que pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después de su nacimiento”*.

El texto de la primera parte del artículo 75 del Código Civil, se vió reforzado, como se ha visto, por su incorporación literal en el artículo 19° N° 1 de la Constitución y cumple, ahora, explícitamente, con el mandato constitucional de proteger la vida de la persona por nacer.

¹⁰ Derecho Constitucional Tomo I pág. 193. Ed. Jurídica de Chile 1994.

El sólo contenido de toda esta norma que, *cumpliendo el mandato constitucional, reconoce y protege la vida del que está por nacer, desde la concepción*, impide toda interpretación que desconsidere el derecho a la vida del *nasciturus*. Ello *hace imposible la sola idea de causarle deliberadamente la muerte antes de nacer*. Estas normas sin lugar a dudas garantizan el derecho a la vida que caracteriza a toda persona desde la época de la concepción.

2. Pero aun más, y dado que se trata de un derecho esencial que emana de la naturaleza humana que según el Art. 5 de la Constitución, limita la soberanía, cualquier norma legal que intente impedir que se cumpla el mandato constitucional de que la ley proteja la vida del que está por nacer en los términos vistos y por el contrario, ordenare o permitiere precisamente lo contrario, sería inconstitucional, pues se estaría ejerciendo una soberanía que no se detenta.

3. La materia en referencia se torna aun más clara, si cabe, si se considera la norma del artículo 77 del mismo Código Civil que dispone, aún en el área de la *preservación de los derechos patrimoniales que se atribuyen al nasciturus*, que: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos como si hubiese existido al tiempo que se defirieron".

Es evidente que las normas referidas, que retrotraen los derechos patrimoniales del *nasciturus* que nace vivo, a la época en que tales derechos se originaron, son expresión fiel del principio sentado por la norma del N°.1 del Art. 19 de la Constitución que protege su vida y 75 del Código Civil ambos que en definitiva reconocen su existencia de persona humana natural, biológica, que debe ser objeto de protección antes y después de su nacimiento. En su caso, al art. 77 busca preservar no sólo la vida, sino aun sus derechos patrimoniales, emanados de hechos ocurridos durante su gestación, difiriéndolos para el momento de su nacimiento.

4. En todo caso, si observamos que la duda hermenéutica en el derecho liberal moderno se resuelve siempre, a favor del reo, en un proceso penal, o del más débil en cualquier relación jurídica y más aun, que el mismo criterio se da, también, en la alta jerarquía que se otorga al principio de inocencia, ¿cómo podría alguien interpretar normas tan contundentes y

M

L.

coherentes como las que hemos visto, que protegen hasta tal grado a la persona por nacer, optar, contra esta clarísima voluntad de protección del no nato, por una artificial opción en la que siendo éste, el ser mas indefenso, y aun violando la Constitución y la ley, se busque dejarle en condiciones de darle muerte privándolo del principal derecho humano, como es su propia vida?

5. En todo caso cabe añadir que la única ocasión en la que el derecho a la vida puede verse conculcado es el que se regula en el Art. 10 N° 4 del Código Penal por una justa causa, y es, cuando se actúa en legítima defensa por agresión ilegítima, mediando la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y si no ha habido provocación suficiente de parte del que se defiende. Y por cierto, en el caso de la persona por nacer, nadie puede afirmar que por el hecho de la concepción, éste pueda ser considerado un ilegítimo agresor. Por ello no puede accionarse directamente en su contra.

C. La Ley Penal.

Finalmente, el Código Penal, confirmando las normas Constitucionales y las del Código Civil, castiga, en sus artículos 342 a 345, el *delito de aborto malicioso y abusivo* entendiéndose por tal *"cualquier interrupción deliberada del proceso fisiológico de la preñez, en cualquiera de sus etapas, con el fin de destruir la criatura concebida, o lo que es lo mismo, impedir su nacimiento como persona viva."*¹⁰

D. La Doctrina Constitucional Nacional.

En la Doctrina Constitucional Nacional la hermenéutica se ha inclinado mayoritariamente, por sostener que tal protección se inicia en el momento mismo de la concepción y ciertamente lo hace, *a partir de la definición de persona presente en la historia fidedigna de la Constitución, basada en la dignidad y en la salvaguarda del individuo de la especie humana* y como sujeto de derecho merecedor de protección.

1. En efecto, la profesora Angela Vivanco ha sostenido que la definición de persona hoy presente en la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980 también por la modificación de que fue objeto el Art. 1° de la misma, resulta diversa de la que se manejó tradicionalmente mas bien definida desde el

¹⁰ Cons. 7° Sent.C. Apelaciones Stgo. voto Ministro Carlos Cerda Fernandez, Causa Rol 2719-88 19 Diciembre 1988.

ámbito del derecho patrimonial, pues la vida humana es objeto de *protección constitucional desde su concepción*, ya que, desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne todas las cualidades y requisitos de tal sin importar que no haya desarrollado todas las potencias del hombre y por ello, cuenta desde ya, con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional.¹¹

2. Por su parte, el profesor *José Luis Cea Egaña* ex Presidente del Tribunal Constitucional sostiene que *"En el vocablo persona, quedan consiguientemente, absorbidos los individuos de ambos sexos, de cualquier nacionalidad, raza o condición, sin distinción de edad, oficio o profesión, cualquiera que fuere su estado de salud física o mental, se hallen domiciliados o sean residentes o meros transeúntes, todo en la medida que se rijan por el ordenamiento jurídico chileno. Por lo mismo enfatizamos que para un humanista no cabe duda que la criatura que se halla en el vientre materno, desde el momento mismo de su concepción es también persona y titular de los derechos propugnados en el artículo 19 del Código Político. Así lo corrobora el Art. 4 N°1° del Pacto de San José de Costa Rica, precepto al cual asignamos el vigor propio de las normas de jerarquía suprema o constitucional."*¹²

3. También los profesores *Alejandro Silva Bascuñán* y *Francisco Cumplido Cereceda* sostienen que *"(...) los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los derechos Humanos, los avances de la genética, el tenor literal del precepto del Artículo 19 N° 1, los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil, Arts. 55, 74, 75 y 76 y lo dispuesto en el artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Art. 1° de la ley 20.120 llevan a concluir que el nasciturus desde su concepción no es sólo un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento y que el Estado tiene el deber de protegerlo."*¹³

4. Y el profesor *Humberto Nogueira Alcalá* que sostiene que: *"La vida humana constituye un proceso que comienza con la concepción en la cual se encuentra en potencia y en acto la persona humana, la que requiere sólo de tiempo para su desarrollo y nacimiento, la cual continuará a lo largo de la vida en el ámbito de la sociedad y que termina con la muerte. La vida humana*

¹¹ Angela Vivanco Ob Cit. Pag 471 y sig.

¹² Derecho Constitucional Chileno Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004, p. 47

¹³ Informe en Derecho p. 4 recurso ante el tribunal Constitucional Causa distribución de la pildora del día después.



constituye así un continuo que está sometido a cambios de naturaleza somática y psíquica con el transcurso del tiempo, constituyendo durante todo el proceso vida humana y ser humano”¹⁴.

5. Y el mismo profesor *Nogueira* junto a sus colegas *Mario Verdugo* y *Emilio Pfeffer* consignaron claramente su visión de que el Art. 19 N1 inc. 2° de la Constitución, como se analizó en la letra A numeral 6° precedente, tuvo por propósito de que en el futuro no se pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto.

E. La Jurisprudencia Judicial y Administrativa.

1. A su vez, la Jurisprudencia concuerda con estos criterios. Así la Corte Suprema en fallo de 30 de Agosto de 2001 señaló en sus considerandos 14 a 19:

14°: Que en consecuencia, lo que debe resolverse es desde cuando podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o mas bien desde cuando corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida;

15° Que, el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho. El ser humano tiene derecho a la vida y debe estar protegido contra la agresión que atente contra ella y de exigir además, conductas positivas para conservarla;

16° Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer está dispuesta por el Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de 1980, se encuentra reforzada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se encuentra el N° 26 del mismo Artículo 19, al disponer la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o contemplen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; y el artículo 5° de la Constitución que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes;

¹⁴ Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Tomo I, Ed. Librotecnia, Santiago, 2007, p.313.

M

L.

17° Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal –pues la norma constitucional no distingue- tiene derecho a la vida, es decir tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación;

18° Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal;

19° Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la vida del que está por nacer comienza en la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el juez adoptará las providencias necesarias para proteger la vida del no nacido, y el segundo de ellos, señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiere producirse con posterioridad a la fertilización de ovocito por el espermatozoide;”¹⁵

2. Y la Contraloría General de la República, por su parte, ha dictaminado que : “ acorde con el artículo 5° de la carta fundamental es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos que emanan de los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes – cuyo es el caso de la aludida Convención Americana de los Derechos Humanos- el no nato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo entonces que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley

¹⁵ Sentencia Corte Suprema 30 de Agosto de 2001 Rol 2186-2001. Rev Estudios Públicos Nº95 de 2004, pág. 402 y ss.

M

L

19.123, este debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula".¹⁶

F. El Derecho Internacional de los Tratados.

Los tratados internacionales se refieren indistintamente al ser humano, al hombre, a las personas o a los individuos de la especie humana para reconocerles el derecho a la vida y a su integridad física, psíquica y moral porque la vida es la condición elemental de la humanidad; sin vida no existe el ser humano. Sólo puede predicarse vida humana en el ser humano sea en gestación o ya nacido. Los mismos tratados protegen esa vida sea que la mencionen directamente, a partir de la concepción o simplemente por referencia a la persona humana o en su carácter de individuo de la especie. También protegen esa vida cuando tratándose de la mujer disponen normas especiales para ella dado su estado de gravidez, las que por cierto están destinadas a preservar la salud de la madre en ese estado y la del hijo o "niño a nacer". También lo hacen cuando definen los Derechos del Niño y al definir y sancionar el delito de genocidio.

5.I. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948.

Artículo 1. "*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*"

El profesor Rodolfo Carlos Barra comenta esta norma señalando: "*Es que éste es el dato básico sobre el que se asienta la humanidad y el resto de los derechos. La vida es la condición elemental de la humanidad; sin vida no existe ser humano y sólo puede predicarse vida humana en el ser humano.*"¹⁷

5.II. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Artículo 1. "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*"

¹⁶ Dictamen 25.403 21-Agosto-1995.

¹⁷ La Protección Constitucional del Derecho a la Vida, Pag. 4. Abeledo Perrot 1996.

Artículo 2. *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados por esta Declaración...”*

Artículo 3. *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

Estas tres normas utilizan indistintamente los términos *ser humano, individuo y persona para asignarles los mismos derechos.*

5.III. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Pacto de San José de Costa Rica.*

Artículo 1. *Obligación de respetar los derechos.*

1.2. Para los efectos de esta convención persona es todo ser humano.

Artículo 4. *Derecho a la Vida*

4.1. *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.*

4.5. *“No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*

Artículo 5. *Derecho a la Integridad Personal.*

5.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

El tratado es explícito en reconocer como persona a quién está por nacer y a quién es, entonces, digno de protección y de respeto a su vida desde la concepción.

De este modo es claro que para este relevante texto el respecto de la vida comienza con la concepción; que el concepto de persona incluye al ser que está por nacer; que para los efectos del tratado persona es todo ser humano y que nadie incluyendo al nasciturus, que es persona y ser humano, puede ser privado de la vida arbitrariamente; que se tiene el derecho al respeto de su integridad física, psíquica y moral y que el reconocimiento y la protección del mismo llega inclusive a la prohibición de imponer la pena de muerte a la

M

L

mujer en estado de gravidez como obvia referencia a la protección del ser por nacer.

5.IV. *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. ONU 1948.*

En el Artículo I las partes confirman que el *genocidio* que se comprometen a prevenir y a sancionar, es un delito internacional.

En su artículo II se le tipifica, entre otras cinco figuras, en su letra d), como *las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, lo que significa reconocer a la persona por nacer como ser humano perteneciente a un grupo y digno de protección.*

5.V. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. ONU 1979.*

Se entiende en ella por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos en cualquier esfera.

Artículo 11 N°1, letra f) consagra *el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.*

Artículo 11. N° 2, letra a), b, c) y d) obliga a los Estados tomar medidas para:

a) Prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

b) Implantar licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida de empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades de trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

7

L.

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Artículo 12 N°2 impone que Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación al embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Se trata en consecuencia de normas que en presencia del embarazo buscan proteger la normalidad de las tareas de la madre y evitar todo perjuicios a ella y al que está por nacer en total coherencia con los tratados precedentes citados.

5.VI Convención sobre los Derechos del Niño. En vigor en Chile desde 1990.

El Artículo 24 de la Convención reconoce en el N°1 el derecho del niño al disfrute del mas alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y el su N°2 dispone que los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular adoptarán las medidas apropiadas para:
c) Asegurar atención sanitaria prenatal y pos natal apropiada a la madre.

Así también esta convención resguarda el derecho a la vida del niño que está por nacer.

5.VII. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Art. 6°. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

La constante es, como se ha visto, la protección sin excepciones de la vida humana en toda circunstancia, más aun la de aquel que se encuentra en la mas total indefensión. Se protege consistentemente la vida y salud de la madre mientras el ser está en gestación; se protege coherentemente la familia en cuyo seno tiene lugar la reproducción de la vida y el cuidado y formación de los hijos; se otorgan facultades a los jueces para adoptar de oficio, las medidas de protección de la vida del que está por nacer; se exige a los Estados adoptar medidas de protección a la madre durante la gestación y no existe



norma alguna que autorice poner término a la vida del que está por nacer y aun más, las normas Constitucionales y legales vigentes que se han analizado *impiden claramente otorgar por ley un derecho de la naturaleza del que se está proyectando.*

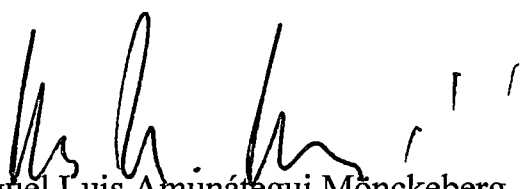
Sin embargo, lo que se aduce con el proyecto que se ha anunciado, es que de no aprobarse la facultad de poner termino a la vida del que está por nacer, por ahora, en los casos ya señalados, se vulnerarían derechos fundamentales de la mujer, en particular a la vida; a su autonomía reproductiva a su propia fecundidad, a su intimidad y confidencialidad, a gozar del más alto nivel de salud, a no ser sometida a tratos crueles y degradantes, el de la maternidad voluntaria y al fin, a su derecho al aborto producto de una violación o cuando el ser en gestación sería inviable.

Pero desde luego, aparte del riesgo cierto e inminente de la vida de la gestante, no existe causa alguna ni derecho de mayor jerarquía que permita justificar en las causales precedentemente indicadas, la violación del principal y fundamental derecho humano garantizado por la Constitución, la Legislación, la Jurisprudencia, la Doctrina, y los Tratados Internacionales que obligan al país, como es el derecho a la vida inherente a toda persona o individuo de la especie humana, desde su concepción, el que por el contrario debe ser obligatoriamente protegido por el Estado en los términos analizados. La violación de este derecho que ni siquiera el constituyente podría admitir, sería permitir que se inferieran injustamente la muerte al ser mas indefenso.

La única situación en la que la muerte del nasciturus puede ocurrir, se da cuando existe peligro real e inminente para la vida de la madre y el hecho se produce con motivo de la terapia rigurosa que ha debido emplear el facultativo pertinente, y como una consecuencias no buscada, pues en tal caso no se trata de una intervención maliciosa, ya que lo que se busca no es directamente la muerte del que está por nacer. Y tal situación no se encuentra penada por la ley. La vida como se ha dicho es el principal derecho humano y es el fundamento de todos los demás.

Finalmente, y en conclusión, cabe expresar que el documento que ha sido objeto de la discrepancia que dejo expuesta, reconoce, sin embargo, que hasta ahora "la decisión de interrumpir el embarazo no ha sido reconocida como derecho en sí mismo" y "que al no lograr consensos en esta materia, los órganos de tratados han formulado recomendaciones que buscan respetar las divergencias y proteger a la vez a las mujeres de los peores

efectos de la penalización absoluta". Pero resulta indispensable afirmar con total claridad que las expresiones de tales órganos, de suyo discutibles por las razones que se han expuesto, agotan sus facultades en la expresión de sus recomendaciones, las que no son en absoluto vinculantes u obligatorias para los Estados que han suscrito y aprobado los Tratados¹⁸. Por ello, toda la construcción que a partir de las referencias denominadas estándares internacionales en los que se ha fundado el apartado "Maternidad Voluntaria" constituye una aspiración no compartida en el Derecho Internacional, que no es posible de aprobar por el Poder Legislativo chileno por impedírsele la Constitución y el propio Derecho Internacional, en cumplimiento de la forma del Art. 5° de la misma Carta Fundamental que exige respetar tales tratados en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.



Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg
Consejero
Instituto Nacional de derechos Humanos

¹⁸ Edgardo Riveros Marín, Normativa Internacional de los Derechos Humanos y el Sistema Democrático: El Caso Chileno- Serie de Estudios N° 5 Chile 2011-Konrad Adenauer Stiftung págs. 7 y sgts.