

MINUTA DE LA INTERVENCIÓN EN EL SENADO

Lunes 28 de noviembre de 2016

Proyecto de ley Boletín N° 9895-11

Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales

Jorge Enrique Precht Pizarro.

I. Sobre la constitucionalidad del proyecto

La Constitución es lo que es y no lo que se quiera que sea, ni lo que se aspira a que sea. Puede lamentarse que la Constitución se hiciera como se hizo, puede sostenerse su ilegitimidad de origen, pero es evidente su legitimidad de ejercicio. Ella ha estado vigente desde el 11 de marzo de 1981 hasta el presente. Ha sido objeto de múltiples reformas y se ha aplicado en todas sus partes, con excepción del artículo 100 actual que ha caído en desuso hace décadas. Desde 1990 todas las altas autoridades públicas han jurado respetarla.

El texto constitucional chileno contiene un precepto claro en el artículo 19 N° 1 inciso segundo: “La ley protege la vida del que está por nacer”. Esta frase contiene una orden al legislador: “La ley debe proteger la vida del que está por nacer”. De ello deriva que, a contrario sensu, el nasciturus tiene el derecho a ser protegido por la ley. Su vida está garantizada por la Constitución.

El tenor literal del texto no deja lugar a dudas.

La interpretación de este precepto es reforzada por la clara voluntad del Constituyente. Como sabemos, el órgano Constituyente era la Junta de Comandantes en Jefe. Este órgano había ya modificado la Constitución de 1925 a través del Acta Constitucional N°2 de 1976. En dicha Acta se determina que el Estado debe promover el bien común, con pleno respeto a la dignidad del ser humano. Por su parte, el Acta Constitucional N° 3 dispuso: “La ley protege la vida del que está por nacer”. En el considerando primero del decreto ley N° 1.552 (Ministerio de Justicia), publicado en el Diario Oficial N° 29.558-A, de 13 de septiembre de 1976 se expresa: “1. Que siendo los derechos del hombre anteriores al Estado... la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal”.

Por lo tanto, la voluntad del Constituyente de 1980, ha sido absolutamente clara y la frase contenida en el actual artículo 19 N°1 inciso segundo proviene del Acta Constitucional mencionada y, en consecuencia, forma parte del ordenamiento constitucional chileno desde el 13 de septiembre de 1976.

Además, es preciso recurrir a la historia del texto Constitucional.

El recurso a la historia de un texto para fijar su adecuada interpretación es un expediente normal, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. Incluso, aunque no existiere una “historia fidedigna” nada impide recurrir a los “trabajos preparatorios”.

En 1992 apareció en la Revista Chilena de Derecho, volumen 19 N°3, páginas 509-525 un artículo de mi autoría titulado: *“Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”*. En dicho artículo se encuentra un detenido análisis de las actas de los 2 órganos que intervinieron en los trabajos preparatorios, esto es, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado. Como sabemos el Consejo de Estado mencionado fue creado por el Decreto Ley N°1.319, de 9 de enero de 1976, como asesor superior del Presidente de la República.

A menudo se han estudiado sólo las Actas de la Comisión Ortúzar, pero es fundamental el análisis de la labor del Consejo del Estado.

Me parece poco divulgada la discusión en dicho Consejo, que transcribo en la página 520 de mi artículo. Dice don Juvenal Hernández: *“Más adelante el anteproyecto también toma otro concepto incluido por don Andrés Bello en el Código Civil, cual es la protección de la vida del que está por nacer. Sabemos que el aborto es un delito, ¿vamos a darle también rango constitucional?”*. La pertinente pregunta de don Juvenal fue contestada en la sesión 58, celebrada el 12 de diciembre de 1978 (Tomo I de las Actas del Consejo de Estado, páginas 354 y 355). La duda planteada en la sesión 56 es renovada por el conocido jurista laicista, ex Rector de la Universidad de Chile, en la sesión 58. Intervienen el Presidente Alessandri Rodríguez y los Consejeros Ibáñez, Philippi, Huerta y Coloma y después de un breve debate se somete la cuestión a votación y se acuerda por once votos (señores Ezquerro, Urrutia; Izurieta, Barros, García, Carmona, Ortúzar, Cáceres, Philippi, Medina y Coloma) mantener el inciso segundo.

Este antecedente es muy importante, porque aquí no sólo hay historia sino “historia fidedigna”. Aquí se votó, se aprobó un texto y se proscribió el aborto a nivel constitucional y tal aprobación y proscripción se entregó a la Junta de Comandantes en Jefe.

Esto es lo que tuvo en cuenta el Constituyente de la época. La fórmula adoptada se hizo con plena conciencia que el legislador no está constitucionalmente habilitado para aprobar el aborto. Un analista puede tener el juicio político que quiera sobre las personas que intervinieron o sobre la competencia profesional de las mismas, pero un jurista debe atenerse a los hechos, conforme al principio de realismo jurídico.

Por lo tanto, es un hecho irrefutable que ambos órganos: La Comisión Ortúzar, que fue encargada de preparar una propuesta de reforma de la Constitución de 1925, como el Consejo de Estado al que le fue encomendada la revisión de la propuesta, cometido efectuado en octubre de 1978 (oficio 6538/13 de la Casa Militar) aprobaron un texto cuya interpretación no deja lugar a dudas.

El legislador tiene una tarea insoslayable que cumplir.

Pero además de la clara voluntad del Constituyente, ratificado el artículo 19 N°1 inciso segundo por el texto aprobado en el 2005 por el Presidente Lagos, al cual el artículo 2° de la ley 20.050 le encomendó fijar un texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución de 1980 y que el Primer Mandatario promulgó mediante el Decreto Supremo N°100 (MINSEGPRES), publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005, es necesario recurrir a la interpretación sostenida durante la vigencia de la Constitución de 1980 por los órganos públicos competentes.

Estos órganos (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Senado de la República y Contraloría General de la República) están acordes en que el legislador tiene un mandato expreso de proteger la vida del “ser humano” que está por nacer.

Como este punto ha sido abordado en su intervención por mi distinguida exalumna, profesora Ángela Vivanco, no insisto en el tema.

Sin embargo, como a pesar de haber sido profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Valparaíso, Talca y Diego Portales, soy más conocido como administrativista traigo a colación el dictamen 25.403 de 21 de agosto de 1995 de la Contraloría General de la República, el cual analicé en mi artículo: *“La administración del Estado al servicio de la persona en gestación”*, Revista de Derecho público (Universidad de Chile, volumen 1995, N°57-58).

La ley N° 19.123 que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación estableció pensiones de reparación (art. 17) y otros beneficios en favor de determinadas personas. El artículo 18 de la ley antedicha establece que serán causantes de la pensión *“las personas declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política”*. La Corporación antedicha declaró causantes a las madres víctimas así como a los nonatos víctimas de las sevicias. La Contraloría se pronuncia sobre el asunto, “Por su parte el artículo 19 N°1 de la Constitución prescribe, en lo que interesa, que: “La ley protege la vida del que está por nacer”, es decir, por mandato de la Ley Suprema es imperativo para el legislador observar reglas destinadas a amparar a quienes no obstante no haber nacido, constituyen una persona en gestación”.

“Las disposiciones precedentemente mencionadas en la Constitución de la República deben entenderse complementadas, a su vez, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto San José de Costa Rica”, promulgada por nuestro país mediante Decreto N° 873 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores que en su artículo 4°, N°1, señala que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En consecuencia, la Contraloría mantuvo el criterio de la Administración Activa en el sentido que el no nacido podía ser considerado causante, pues impedir su nacimiento implicaba violación a sus derechos humanos y era fruto de la violencia política.

Concluye la Contraloría: “Así pues, y como quiera 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 tratados internacionales – cuyo es el caso de la aludida Convención Americana sobre Derechos Humanos – el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo que, si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la Ley N°19.123, éste debe ser considerado como causante de los beneficios que esta normativa regula”.

Por ello, en la ley 19.123, la protección del Estado al nonato es separable de la protección del Estado a su madre haya ésta fallecido o sobrevivido.

Ya con anterioridad había la Contraloría abordado el tema en su dictamen N°14.525 de 1992. En este caso el Servicio Nacional de Menores, frente a la petición de la Corporación de Derecho Privado “Movimiento Anónimo por la Vida”, y ante una solicitud

para obtener financiamiento de la Corporación para proyectos de protección de los nonatos declaró que tal financiamiento era procedente.

El dictamen de la Contraloría es sensible a lo expuesto por el organismo recurrente, es decir, a la “imperiosa necesidad de que exista un organismo público que se haga cargo del niño cuya existencia perinatal se encuentra en riesgo...”.

El dictamen examina las disposiciones constitucionales y legales sobre protección del que está por nacer y concluye que dicha protección es una “necesidad pública” y por tanto “es tarea del Estado contribuir a su satisfacción a través de los órganos y procedimientos pertinentes”. Habida consideración que no existe, dentro de la Administración del Estado, otro servicio público al cual se haya concedido por la ley, de manera especial y excluyente, la función de dispensar auxilio al niño que está por nacer y que se encuentra en peligro moral o material es acorde a derecho, de donde resulta que en ningún caso podría sostenerse que al intervenir en dicho orden de materias, el organismo requirente priva de una esfera de atribuciones reservada por ley a otro ente público, por lo que esta Contraloría aprueba las facultades del SENAME para celebrar convenios en beneficio de los menores concebidos”.

Consultado el órgano contralor, se me informa que los dos dictámenes citados se encuentran vigentes a la fecha de esta intervención en el Senado.

Por su parte, el profesor Eduardo Soto Kloss ha abordado el tema de la vía jurisdiccional en su artículo “*Derecho a la vida y recurso de protección*”, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2.5, 60 y allí sostuvo la procedencia del recurso de protección en favor del nonato. Es lo que se falló por la Corte de Apelaciones de Santiago el 29 de septiembre de 1989 (Revista Gaceta Jurídica N°111, p. 33) en el caso Aída Monje con Isapre Promepart. Ello me exime de tocar este punto.

Agréguese a todo lo dicho que está vigente el artículo 19 N°26. Este artículo se refiere precisamente a los derechos que establece la Constitución y contiene una prohibición expresa al legislador: “N°26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta 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.”

Es del todo evidente que este artículo es una cláusula general de salvaguardia de todo el artículo 19 como lo sostengo en mi trabajo: “*Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una cláusula general regulatoria de tales limitaciones*”, Revista Chilena de Derecho, vol. 28 N°2, pp. 277-279 (2001).

En consecuencia, el legislador no puede alterar la garantía constitucional en favor del nasciturus ya que no tiene mandato constitucional para ello, ni puede afectar el derecho a la vida del nonato y si lo hace actúa de una manera contraria a la Constitución.

POR TODO LO DICHO, EL PROYECTO EN TRÁMITE ES INCONSTITUCIONAL

Al establecer el aborto bajo 3 causales el legislador del proyecto boletín N° 9895-11 viola abiertamente el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución porque no protege la vida del que está por nacer. Por el contrario, autoriza su destrucción. La interpretación de dicho artículo aparece clara ante el derecho público por el tenor literal de la norma, por el

análisis de los trabajos preparatorios de la Constitución y por la aplicación que la norma ha tenido en sede legislativa, judicial, del Tribunal Constitucional y administrativa.

Por otra parte, viola el proyecto el artículo 19 N°26 de la Constitución ya que está prohibido al legislador afectar los derechos en su esencia y alterar las garantía que la Constitución establece y porque no ha sido autorizado el legislador por mandato de la Constitución a afectar el derecho a la vida del nonato, sino todo lo contrario.

Al no proteger la vida del que está por nacer el legislador cae, asimismo en una inconstitucionalidad por omisión.

Pero además, en los hechos, el legislador pretende reformar la Constitución por vías no contempladas en el Texto Fundamental. Lo que efectúa el legislador es, en los hechos, agregar al artículo 19 N°1, inciso segundo lo siguiente: “salvo en el caso de aborto por las 3 causales siguientes”. **Hay aquí una reforma constitucional encubierta.** Se violan, por ende, los artículos de la Constitución referidos a como se puede modificar nuestra Carta Fundamental.

Aparecen vulnerados además los artículos 6° y 7° y, como se explicará en el acápite II de esta minuta, también se violenta el artículo 5° inciso segundo. Dice el artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución..., y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.” Y el artículo 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente..., dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. (...) Todo acto en contravención a este artículo es nulo...”

Así, entonces, este proyecto en la versión original contenida en el Mensaje debió ser declarado inadmisibles por inconstitucional conforme al artículo 24 y 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. El hecho de no haberse efectuado tal declaración no elimina la inconstitucionalidad del proyecto, el que continúa siendo inconstitucional en su redacción actual. Por lo tanto, los parlamentarios pueden usar los mecanismos legales y reglamentarios vigentes para la defensa de la Constitución en el Congreso, como también pueden preparar la vía para el requerimiento al Tribunal Constitucional en el momento oportuno.

Cuando menciono el Reglamento del Senado, me refiero a la cuestión de inadmisibilidad por inconstitucionalidad (artículo 131 numerales 2, 4, 5, inciso penúltimo del artículo 131 en relación al artículo 122, siendo señalado el orden de votación en el artículo 166, inciso primero).

II. El proyecto de despenalización del aborto por 3 causales ante el Derecho Internacional Convencional aplicable a Chile

A mi juicio, hay solo dos Tratados Internacionales obligatorios para Chile y directamente relacionados con la materia del presente proyecto de ley. Son ellos la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1948 y el Convenio Internacional sobre Derechos del Niño. Este Convenio fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El artículo 4.1 de la Convención Americana mencionada dice lo siguiente: “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.”

Es preciso, entonces, aplicar los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Según ellos, los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (artículo 31.1 de la Convención de Viena). “Los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando esta deje ambiguo u oscuro el sentido o conducta o un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable” (ibíd., art. 32).

Como puede comprobarse, la Convención de Viena privilegia los elementos objetivos. Acorde a ellos no cabe duda que el concepto de “persona” es atribuido al feto y desde el momento de la concepción. Por lo demás, aunque las ideologías hoy en boga quieran ignorarlo, todo el conjunto de instrumentos internacionales de los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial están impregnados de iusnaturalismo. Estaban demasiado cerca las atrocidades de la conflagración mundial para tomar posiciones positivistas y relativistas.

Por tanto, conforme al Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la vida del embrión debe ser garantizado desde la concepción.

Eso es precisamente lo que no hace el proyecto de ley que se me pidió informara.

Pero, adicionalmente, Chile está obligado a cumplir la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en el país. El artículo 1 señala: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Pareciera que el nasciturus no está incluido en el concepto “niño”, pero si nos vamos al Preámbulo de la Convención, que forma parte integral del texto pactado, y si recurrimos a él para la correcta interpretación, leemos lo siguiente: “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita la debida protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Véase entonces que la Convención hace suya la Declaración en este punto preciso.

El presente proyecto de ley no otorga la debida protección al niño no nacido, no aplica el principio del “interés superior del niño”. Todo lo contrario, permite en 3 causales la destrucción del niño en el vientre materno.

El proyecto de ley, al violar 2 Convenciones internacionales, es inconstitucional porque en Chile “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5°, inciso segundo de la Constitución).

Lo es además porque la ley – de aprobarse- obligaría a todos los órganos estatales involucrados a dejar sin cumplimiento el deber que les señala el artículo 5° inciso 2° del Texto Fundamental: “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”.

III. Observaciones adicionales

Hasta 1989, el Código Sanitario al disponer: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión de dos médicos cirujanos” daba una solución equilibrada al asunto del aborto. Esa redacción era perfectamente conciliable con la Constitución de 1980. Si a ello se agrega el antiguo artículo 26 del Código de Ética del Colegio Médico de 1980, el conjunto era armónico: “El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción. El aborto procede solamente cuando se cumplen las siguientes condiciones, además de lo previsto en el inciso anterior: (a) que la decisión médica debe ser emitida por escrito, por facultativos escogidos por su competencia y (b) que la operación sea efectuada por un médico especialista”. “Si el médico considera que su convicción no le permite aconsejar o efectuar un aborto por entender que se trata de una operación no terapéutica – él debe retirarse permitiendo la continuación del cuidado médico con otro médico calificado”.

Este sistema funcionó bien a mi entender.

La gran ventaja es que se basaba en la confianza de todas las partes involucradas y no atentaba contra el embrión. Por otra parte daba un margen de maniobra aceptable. Es cierto que el concepto de “fines terapéuticos” era un concepto jurídicamente indeterminado y ello dio lugar a casos abusivos y fue objeto de manipulación ideológica por las fundaciones extranjeras que desde antaño han financiado en Chile las campañas eugenésicas. La principal de tales fundaciones es la Fundación Rockefeller.

El texto mencionado, fue reemplazado en 1989 para tratar de evitar abortos no terapéuticos. Pero detrás de esta reforma se aprecia un talante rigorista y castigador. El almirante Merino gran autor y promotor del proyecto procedió, con la ayuda de asesores jurídicos católicos integristas, a este nuevo texto, fruto de un celo intemperante: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Con esta nueva redacción el aborto por negligencia debería ser sancionado, lo mismo ciertos casos de aborto indirecto.

No se hacen estas observaciones con el fin de volver al pasado, sino con el objeto de no cometer errores en la nueva legislación que se prepara. Debe examinarse si el ámbito de libertad, de espacio entregado a la conciencia individual, del respeto a la relación médico paciente es adecuadamente establecido en el proyecto de ley.

Por otra parte, el aborto es un hecho concreto, en tanto la ley es siempre una norma general, abstracta y permanente. El aborto es normalmente un drama humano, cuando no una tragedia. Es un acto, una situación límite. Por ello lo más prudente es no llevar la ley a esferas que necesitan ser tratadas más bien por reglamentos, resoluciones, protocolos, códigos de ética, etc. En este sentido los artículos 8 y 9 del Código de Ética del Colegio médico son hoy en día suficientemente claros. La ley debe estatuir sólo las “bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (artículo 63 N°20 de la Constitución).

Se pretende que el Estado debe aprobar este proyecto en cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas libremente.

Lamento que el Mensaje del Gobierno de la Presidente Bachelet, de quien tuve el honor de ser su asesor jurídico legislativo en materias que interesaban a la cartera de Defensa, afirme sin ambages que “nuestro país no puede sustraerse a estas recomendaciones postergando por más tiempo una decisión, ni puede continuar soslayando la grave vulneración de derechos que esta situación supone” (p.18)

En efecto, en las páginas 14 a 18 del Mensaje se mencionan “recomendaciones” de organismos internacionales creados por los Pactos de Derechos Humanos para la interpretación y fiscalización de la aplicación de los tratados.

El Mensaje menciona “recomendaciones” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de los Derechos del Niño; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas; del consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Ni el Congreso Nacional, ni el Ejecutivo están obligados o vinculados por “recomendaciones”. Lo que obliga al Congreso Nacional, son los Pactos a los cuales prestó su aquiescencia para que fueran ratificados.

Las “recomendaciones”, informes, opiniones consultivas, etc. deberán ser ponderadas en su propio mérito, con entera libertad.

Tal, por lo demás, ha sido el criterio del Senado cuando en 1999 no dio su autorización para que fuera ratificado el Protocolo Facultativo que otorgaba facultades cuasi-jurisdiccionales al Comité de la CEDAW.

El Estado de Chile debe sentirse absolutamente libre de ataduras dentro de un sistema de “colonialismo ideológico” en que muchas veces se ha convertido el soft-law, que justamente ha sido calificado por la doctrina europea como “una legislación por la puerta de atrás”, que no sólo erosiona la soberanía nacional, sino también la identidad de las Naciones y su diversidad cultural.