

COMENTARIO RELATIVO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REFERIDA A LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS DEL AÑO 2008

Rodolfo Figueroa ¹

I. Introducción

Este artículo ofrece un comentario crítico sobre la sentencia² del Tribunal Constitucional chileno (en adelante el TC) recaída sobre el Decreto Supremo que autoriza la píldora del día después.³ Como se sabe, en este fallo el TC prohibió la distribución de la píldora del día después en el sistema público de salud.

El razonamiento del TC se puede presentar de varias formas. Una manera de estructurarlo es la siguiente:

1. La Constitución protege la vida (Considerando 41) y el derecho a la vida (Considerando 58) de las personas.
2. *Ser humano* no nacido desde la concepción y *persona* son conceptos equivalentes (Considerandos 49 al 53). Por tanto, la protección de la vida y del derecho a la vida se inicia desde la concepción (Considerando 50).
3. El derecho a la vida significa el derecho a mantener la vida y a conservarla, es decir, a que no nos la quiten (Considerando 56).
4. El aborto es contrario a la Constitución Política (en adelante la Constitución) porque vulnera el derecho a la vida del nasciturus y la protección que se le debe dar (Considerando 64).

¹ Abogado. LL.M y S.J.D University of Wisconsin. Profesor de Derecho Constitucional, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Tribunal Constitucional, rol 740-07-CDS, sentencia de 18 de abril de 2008.

³ Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial con fecha 3 de febrero de 2007, que establece las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

5. No hay certeza sobre si la píldora impide la implantación y, por ende, si destruye la vida de un óvulo fecundado (Considerando 33).
6. Ante la duda sobre el efecto de la píldora, ella debe prohibirse porque lo contrario implica autorizar un eventual efecto que es inconstitucional (Considerando 67).

Por lo tanto, se prohíbe la píldora.

A su vez, el punto 2 recién señalado —según el cual el concepto de persona, constitucionalmente hablando, corresponde al de ser humano desde la concepción— es fundamentado por el TC de la siguiente manera:

- 2.1. La doctrina mayoritaria así lo ha sostenido (Considerando 49).
- 2.2. Así lo ha sostenido también la jurisprudencia de otros países del continente (Considerando 51).
- 2.3. Así se dejó constancia en una sesión del Senado, cuando se modificó la Constitución, sustituyéndose la voz *hombres* por *personas* (Considerando 52).
- 2.4. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.I., se sitúa “en la misma línea” (Considerando 53).

Por tanto, para la Constitución, *persona* es el ser humano desde la concepción.

De los 6 puntos en que se ha estructurado el razonamiento del TC, el único que parece razonablemente admisible es el punto 5. En efecto, el punto 1 es muy impreciso; el punto 2 no es correcto y el fundamento que se ofrece para el mismo (los puntos 2.1. a 2.4) no contiene razones y es arbitrario; el punto 3 es inaceptable por ser absurdo; el punto 4 no está fundamentado y, de hecho, es erróneo; y el punto 6 es incorrecto.

En la siguiente sección se ofrecerá el fundamento de esta apreciación crítica. Me referiré únicamente al voto de mayoría (5 a 4) y no analizaré los votos concurrentes ni disidentes.

II. Análisis crítico del razonamiento del TC

En esta sección ofreceré las razones por las cuales considero equivocados 5 de los 6 puntos que estructuran el razonamiento del fallo del TC.

1. El punto 1 señala que la Constitución protege la vida⁴ y el derecho a la vida⁵ de las personas.

Esta afirmación es imprecisa. En primer lugar, cabe destacar que *vida* y *derecho a la vida* son cosas distintas.⁶ Es posible que una persona pierda su vida sin que se viole su derecho a la vida, como cuando la persona muere de una enfermedad inevitable y sin negligencia de terceros. A partir de ello, debe aclararse que la Constitución protege el *derecho a la vida*, no la *vida*. Se dirá más sobre este asunto cuando se comente el punto 3 del razonamiento del TC, que alude al modo como este Tribunal entiende el derecho a la vida.

Pues bien, la Constitución es explícita en señalar que lo que se protege es el derecho a la vida, no la vida. En efecto, prescribe en el artículo 19 N° 1, inciso 1°, que se asegura a todas las personas: “*el derecho a la vida*”, no la vida. El inciso 2° del artículo 19 N° 1 alude a la vida del que está por nacer y señala que el legislador deberá brindarle protección. La Constitución hace eso precisamente porque el nasciturus no es persona y, por tanto, no tiene derecho a la vida. Si el nasciturus tuviere derecho a la vida, entonces estaría comprendido en el inciso 1° del artículo 19 N° 1 y no sería necesario el inciso 2°.⁷ El TC tiene claro que es distinto derecho a la vida que vida (ver el Considerando 58) pero, en mi opinión, el TC afirma que se protegen ambos con el objetivo de asimilar o confundir el inciso 1° y el inciso 2° del artículo 19 N° 1, lo que claramente es un error.

4 “Que el razonamiento del Tribunal en orden a resolver el conflicto constitucional descrito hace necesario caracterizar el valor de la vida humana en la Constitución vigente, así como en la arquitectura de los derechos fundamentales de la que forma parte inequívoca.” Considerando 41.

5 “Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores.” Considerando 58.

6 Ver mi artículo: Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. “Concepto de derecho a la vida”. 1 *Ius et Praxis*, vol.14, 261-300, disponible en www.scielo.cl

7 Ver Gómez, Gastón. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2005, 247 y ss. y Bascuñán, Antonio. “La píldora del día después ante la jurisprudencia” en 95 *Estudios Públicos*, disponible en www.cepchile.cl

2. El punto 2 del razonamiento del TC consiste en que *ser humano* no nacido desde la concepción y *persona* son conceptos equivalentes (Considerandos 49 al 53). Este punto, junto con el 1, permite al TC concluir que la protección de la vida y del derecho a la vida se inicia desde la concepción (Considerando 50).

Como se señaló en la introducción, el TC funda esta idea en 4 consideraciones, que se pueden esquematizar del siguiente modo:

- 2.1. La doctrina mayoritaria así lo ha sostenido (Considerando 49).
- 2.2. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de otros países del continente. El TC cita el fallo de la Corte Suprema costarricense y de la Corte Suprema argentina (Considerando 51).
- 2.3. Así se dejó constancia en una sesión del Senado, a petición del senador Bombal, cuando se modificó el artículo 1 de la Constitución, sustituyéndose la voz *hombres* por *personas* (Considerando 52).
- 2.4. En la misma línea se sitúa la Convención Americana de Derechos Humanos, con su artículo 4.1 (Considerando 53).

Por tanto, concluye el TC que para la Constitución *persona* es el ser humano desde la concepción.

El concepto constitucional de persona ha sido analizado en extenso en otra parte.⁸ Aquí sólo se comentarán los 4 elementos con los cuales el TC pretende dar por probada la afirmación de que *persona* en términos constitucionales es el ser humano desde la concepción.

2.1. Primer argumento del TC: La doctrina mayoritaria así lo ha sostenido.

Si se lee el Considerando 49, veremos que el TC ofrece extractos de Angela Vivanco, José Luis Cea, Alejandro Silva, Francisco Cumplido y Humberto Nogueira. Si revisamos lo que el TC extracta de tales autores, comprobaremos que dichas citas simplemente afirman o postulan que el ser humano desde la concepción es persona, pero no ofrecen ningún argumento razonable para sostenerlo. Veamos:

a) En el extracto que cita a Angela Vivanco, se alude a la historia fidedigna

⁸ Ver mi artículo: Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto". 2 *Rev. derecho* (Valdivia), vol.20, 95-130. Disponible en scielo.cl

de la palabra *persona* para apoyar su postura. Sin embargo, si revisamos la historia fidedigna de aquel precepto que es central en esta materia, el artículo 19 N° 1 y lo que la comisión redactora dijo sobre el aborto, la conclusión es precisamente la contraria: el *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida. Por eso la Constitución le dedica un inciso 2° en el artículo 19 N° 1. Luego, el TC extracta de Angela Vivanco lo siguiente:

(...) la vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que aún no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional (Considerando 49).

Este párrafo es central porque el TC lo hará suyo más adelante. La idea es la siguiente: si desde la concepción hay un ser humano que tiene todas las cualidades para desarrollarse, entonces desde ese momento tiene protección constitucional y desde ese momento es persona.

El error del argumento es pensar que si X tiene protección entonces X es persona.⁹ Primero, es claro que el inciso 2° protege a quien no es persona. Si el *nasciturus* fuese persona, entonces estaría comprendido en el inciso 1° y no existiría el inciso 2°. Además, se comete un *non-sequitur*: se afirma que del hecho de ser humano se sigue que estoy (debo estar) protegido. No es lógico afirmar que si X es ser humano entonces debe entenderse protegido. X puede ser humano y no tener protección. Parece que la profesora Vivanco y el TC piensan que existe un nexo conceptual entre protección y ser humano. Si soy humano, tengo protección. Pues bien, eso no es así. Primero, el derecho no se limita a proteger a los humanos. De modo que no hay nexo conceptual entre protección y ser humano. Segundo, para que exista un deber de protección debe existir una norma, no un postulado conceptual. Pues bien, el inciso 2° es esa norma dice que la ley debe proteger al *nasciturus*, pero no dice cómo, ni desde cuando, ni con qué límites. No dice lo que Angela Vivanco y el TC quie-

9 En relación con esto mismo, Bascañán ha relevado otro error, que es pensar que porque la Constitución protege al *nasciturus* entonces le concede un derecho, es decir, si se protege X se confiere un derecho a X. Ver Bascañán, artículo citado en la nota 6.

ren: que sea desde la concepción. Habría sido simple: se habría dicho que la ley debe proteger al que está por nacer desde la concepción. Pero claramente no lo dijo.

Por tanto, en esta primera opinión doctrinaria no tenemos una demostración de que persona y nasciturus desde la concepción sean conceptos equivalentes.

b) En el extracto del TC referido a José Luis Cea, se lee:

(...) 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 (Considerando 49).

Aquí el asunto es más patente en cuanto a carecer de argumentos pues claramente el texto se presenta como una opinión personal: “*para un humanista (...)*” Este extracto no contiene ningún argumento o razonamiento, sino un mero postulado, del cual además se dice que *no cabe duda*. Esto último es sorprendente porque prácticamente toda la jurisprudencia comparada e internacional ha sostenido lo contrario en este punto.¹⁰

c) En tercer lugar, el TC extracta la opinión de Silva y Cumplido:

Los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos, los avances en la genética, el tenor literal del precepto del artículo 19 N° 1, los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil (art. (sic) 55, 74, 75 y 76), y lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 1 de la Ley N° 20.120, llevan a concluir que el nasciturus desde su concepción no solo es un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento(...) (Considerando 49).

¹⁰ Ver artículo citado en nota 7.

Aquí tampoco existe un argumento o un razonamiento, sino que se presenta un postulado y se agrega que dicho postulado sería una conclusión de varios elementos. Veámoslos:

c.i) *“los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos”*

De esta frase no se sigue nada: ¿qué principios básicos del constitucionalismo o hermenéutica? Estos asuntos han sido cubiertos extensamente y con profundidad en renombrados fallos, analizados y discutidos alrededor del mundo, como los de EE.UU. de 1973 y siguientes, el alemán de 1975, el español de 1985 y el colombiano de 2006.¹¹ Esos conocidos fallos acaso ¿no invocan principios del constitucionalismo o de “hermenéutica”?

c.ii) *“los avances en la genética”*

Esta frase no tiene sentido. ¿Acaso la genética dice desde cuándo los seres humanos son personas en términos constitucionales?

c.iii) *“el tenor literal del precepto del artículo 19 N° 1”*

Esta afirmación es extraña porque el único sentido posible del inciso 2° del artículo 19 N° 1 es exactamente lo contrario.

c.iv) *“los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil”*

Esta afirmación también sorprende al lector. El Código Civil expresamente señala que la persona existe legalmente al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. Luego agrega que la criatura que muere en el vientre materno o antes de separarse completamente de la madre o que no sobrevive a la separación un momento siquiera se reputará no haber existido jamás (Artículo 74). Por tanto, la conclusión es la inversa: antes de nacer, el nasciturus no es legalmente persona para el Código Civil.¹²

c.v) *“lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos”*

Aquí también hay un error. El artículo 4.1 de dicha Convención señala que

11 Ibid.

12 Esto es independiente y no negado por las reglas civiles sobre derechos sucesorales deferidos antes de nacer al ahora nacido. Sobre el concepto de persona, el voto disidente del ministro Colombo se sitúa en esta línea, Considerando 8.

se protege el derecho a la vida, y agrega que ello será “*en general*” desde la concepción. Esta cláusula permite a los Estados miembros de la Convención incorporar excepciones en su legislación interna. Esta cláusula “*y en general*” se incorporó precisamente para permitir que los Estados suscribieran la Convención. Una protección del nasciturus desde la concepción fue expresa y deliberadamente descartada, como lo explica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 4.1 en el caso *Babyboy*, en que el actor pretendió obtener protección desde la concepción.¹³

c.vi) “*el artículo 1° de la Ley N° 20.120*”

Esta afirmación es francamente sorprendente. El artículo 1 de la Ley N° 20.120 sobre experimentación científica, genoma y clonación, establece: “*Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción*”. Esta ley efectivamente protege al ser humano desde la concepción. Pues bien, ¿qué se sigue de ello? ¿Que la Constitución también protege al nasciturus desde la concepción? Es decir, ¿si una ley dice algo, entonces la Constitución también lo hace? Esta absurda sugerencia resulta incomprensible en autores de la trayectoria de Silva Bascuñán y Cumplido.

d) Finalmente, el TC extracta la opinión de Humberto Nogueira en los siguientes términos: “*La vida humana constituye un proceso que comienza con la concepción en la cual ya se encuentra en potencia y acto la persona humana (...)*” (Considerando 49). Este es un postulado, no un razonamiento con argumentos.

Podemos cerrar este primer subpunto del punto 2 del razonamiento del TC señalando lo siguiente: i) ¿Por qué se citan estos autores y no otros? ¿Cómo se hace la selección de a quién citar y a quién omitir? ii) Los autores citados y sus extractos no exhiben razonamientos persuasivos sino más bien postulados, los que, a su turno, se relacionan muy cercanamente a una específica posición religiosa. Algunos comentaristas han llamado la atención sobre este punto, pues en materia de aborto siempre está en juego un asunto moral¹⁴ y no debe olvidarse que este fallo no es un fallo unánime sino 5 a 4.

¹³ Ver una explicación de este caso en el artículo citado en la nota 7.

¹⁴ Ver voto disidente del ministro Colombo, C’s 18 y ss, y también el voto disidente del ministro Vodanovic, p. 189 de la versión pdf del fallo, disponible en el sitio web del TC.

Ahora consideraremos el segundo subpunto del punto 2 del razonamiento del TC (recuérdese que todos estos subpuntos tienen por finalidad probar el punto 2: que el ser humano desde la concepción es persona).

2.2. El segundo subpunto señala: el ser humano es persona desde la concepción porque así lo ha sostenido la jurisprudencia de otros países del continente. Para demostrar esta afirmación, el TC cita el fallo de la Corte Suprema costarricense y la sentencia de la Corte Suprema argentina (Considerando 51).

Este tema lo he abordado en otra parte.¹⁵ La versión breve es que existe jurisprudencia muy conocida de países como EE.UU., Alemania, España y recientemente Colombia, que toca muy extensamente estos temas. En todos esos fallos, la lógica de su razonamiento y la decisión es opuesta a este fallo del TC. Por eso, el TC se limitó a mencionar los únicos dos fallos, de muy poca repercusión a nivel comparado, que apoyan su postura, en un ejercicio de auto-validación —algo que los anglosajones llaman *cherry picking*— más que de genuino intento por exhibir cuál es el estado de la cuestión en el derecho comparado. Por ejemplo, de los fallos aludidos, el alemán es el único que reconoce que el nasciturus es titular del derecho a la vida, pero de todos modos acepta diversas hipótesis en las cuales el embarazo es inexigible a la mujer.

2.3. El tercer subpunto consiste en lo siguiente: el ser humano es persona desde la concepción porque así se dejó constancia en una sesión del Senado.

Cuando se reformó la Constitución, sustituyéndose la palabra *hombres* por *personas* en la primera frase del artículo 1, el senador Bombal solicitó que la sala dejara constancia de que el ser humano es persona desde la concepción (Considerando 52).

Este antecedente es del todo trivial para efectos de interpretación constitucional y no puede utilizarse como un argumento a favor de probar que el nasciturus es persona desde la concepción. En efecto, ¿qué significa que Bombal haya hecho eso? ¿Que entonces debemos interpretar la Constitución de ese modo? El sena-

15 Está tocado en el artículo citado en la nota 7 y fue expuesto este tema en las XXXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, celebradas en la Escuela de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile el año 2009, con una ponencia titulada “Uso del derecho internacional y de la jurisprudencia extranjera en la 21ª sentencia del TC sobre la píldora, rol 740-07 de 18 de abril de 2008.”

dor Bombal o la sala con su *constancia* ¿determinan cómo interpretar la Constitución o cómo entender la historia fidedigna de un precepto? ¿Es sólo el Senado el que especifica la historia de un precepto? ¿Acaso no participa también la Cámara de Diputados? Un senador puede opinar lo que estime pertinente durante las sesiones y la sala puede dejar constancia de lo que se le antoje, pero de ahí a considerar esas opiniones o constancias como el parámetro autorizado para la interpretación constitucional, parece un exceso y carece de lógica.

2.4. El último subpunto del punto 2 señala que el ser humano es persona desde la concepción porque en esa línea se sitúa la Convención Americana de Derechos Humanos, con su artículo 4.1 (Considerando 53).

Esto constituye un error serio, como ya se ha comentado. Más aun, afirmar que el nasciturus es persona desde la concepción invocando la Convención Americana constituye una tergiversación, pues la cláusula “en general” contenida en el artículo 4.1 permite a los estados introducir excepciones cuando quieran.¹⁶ En resumen, cada uno de los 4 subpuntos que supuestamente fundamentan la idea del TC (punto 2) de que el nasciturus es persona desde la concepción, carecen de fundamento y no son aceptables.

Volvamos someramente a la idea de persona. Como se sabe, dicha palabra no está definida por la Constitución de modo que existe la posibilidad de remitirse a la definición legal. No es obligatorio hacerlo, evidentemente, y yo no soy partidario de que dicha definición sea imperativa para el intérprete de la Constitución. Puede utilizarse otra, a condición de que se proporcionen fundamentos para ello porque, en general, solemos aplicar las definiciones legales a diversas ramas del derecho. Por tanto, el TC no tiene por qué seguir al Código Civil en este punto, pero debe dar fundamento para ello.

Efectivamente, el TC expresamente descarta la noción legal de persona¹⁷, pero no explica por qué y en ello reside la debilidad de su razonamiento. Podría decir que no aplicará ninguna definición legal y, de ese modo, aplicar ley pareja.

¹⁶ Ver la explicación del caso *Babyboy* y cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpreta el artículo 4.1 de la Convención en el trabajo citado en la nota 7. Ver, también, el voto disidente del ministro Vodanovic, página 193 de la versión pdf. del fallo.

¹⁷ Dice el TC: “*Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción.*” Considerando 54 (destacado del autor).

Pero no hace eso. De hecho, se remite y se ampara varias veces en normas legales (incluido el Código Civil) en su fallo.¹⁸ Por tanto, no se entiende la actitud arbitraria de seguir la ley en ciertos casos y no en otros. El TC podría construir una definición *ad-hoc* de persona para efectos constitucionales, pero eso requeriría de una buena fundamentación. Los 4 subpuntos que el TC ha proporcionado –extractos de cierta doctrina seleccionada que no contiene argumentos, dos fallos de jurisprudencia del continente elegidos a dedo, la errada alusión a la Convención Americana y, finalmente, la curiosa referencia a Bombal– no constituyen el fundamento que sería necesario para apoyar una tal concepción *ad-hoc* de persona para efectos constitucionales.

Solo cabe cerrar este punto insistiendo en una idea que ya ha sido mencionada. Si el nasciturus es persona desde la concepción, igual que el lector de este artículo, ¿para qué sirve el inciso 2° del artículo 19 N° 1 de la Constitución? El inciso 1° señala que las personas tienen derecho a la vida. ¿Es necesario agregar un inciso 2° que diga que la ley debe proteger la vida de tales personas? El artículo 19 N° 12 señala que todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión, el N° 4 a la vida privada y la honra, etc. ¿Es necesario agregar incisos que digan que la ley debe proteger ese derecho a la libertad de expresión, a la vida privada, a la honra y a todos los demás? Evidentemente, no. Ello no se hace porque esa es la función del encabezado del artículo 19: se asegura a todas las personas los derechos que en dicho artículo se listan. Por tanto, el inciso 2° del artículo 19 N° 1 lo que hace es prescribir protección para quien no la tiene, para quien no está comprendido en el inciso 1°, el nasciturus, precisamente porque no es persona. No verlo así torna al inciso 2° en una norma superflua.¹⁹

Con esto cerramos los comentarios sobre el punto 2 del esquema de razonamiento del TC. Ahora pasamos al punto 3.

3. Este punto sostiene que el derecho a la vida significa el derecho a mantener la vida y a conservarla, es decir, a que no nos la quiten. Esta idea el TC la toma de José Joaquín Ugarte (Considerando 56).

18 En el Considerando 58 el TC cita los artículos. 75, 181 y 243 del Código Civil; cita el Código Orgánico de Tribunales, el Código Sanitario, la ley sobre Abandono de Familia y pago de pensiones alimenticias, hasta la ley sobre impuesto a la renta.

19 Ver voto disidente del ministro Vodanovic, sección “El nasciturus no es titular de derechos constitucionales”, pp. 187 y ss. de la versión pdf. del fallo, disponible en el sitio web del TC.

En otra parte²⁰ he analizado cinco formas de entender el derecho a la vida, incluida la recién transcrita. En dicho trabajo se señala que el derecho a la vida no puede entenderse como el derecho a mantener la vida pues la muerte es, finalmente, inevitable, al margen de consideraciones religiosas. Entender el derecho a la vida como el derecho a mantener la vida implicaría que toda vez que alguien muere se viola su derecho a la vida, lo que es absurdo.

La frase siguiente, tomada del señor Ugarte, señala que el derecho a la vida consiste en el derecho a que no nos quiten la vida. Esto es distinto de lo anterior y más cercano a una noción apropiada, aunque de todos modos es incorrecta. Si el derecho a la vida es el derecho a que no nos quiten la vida, entonces cada vez que alguien mata a otro viola su derecho a la vida. Sabemos que eso no es así porque está permitido matar a alguien bajo ciertas circunstancias. Esto significa que el derecho a la vida no es un derecho absoluto y ese es el problema de esta noción de Ugarte que hace suya el TC: pretender que el derecho a la vida es un derecho absoluto. No es necesario hablar de matar en legítima defensa u otras hipótesis justificables. Basta citar la propia Constitución, que explícitamente reconoce el derecho a la vida como un derecho *no absoluto* cuando recepciona la pena de muerte, en el art. 19 N° 1. Por tanto, este punto 3 que recoge un concepto absoluto del derecho a la vida es incorrecto.

El derecho a la vida debe entenderse de manera, al menos preliminar, como el derecho a que no nos maten arbitrariamente²¹, lo que deja espacio para muertes justificadas (y, cuando se habla de justificación, se habla de ponderación). Esta idea está del todo ausente en el razonamiento del TC, como se dirá en la próxima sección. Adelantando un poco, casi todos los tribunales (que ejercen jurisdicción constitucional) que han debido enfrentar el tema de la constitucionalidad del aborto (como EE.UU., Alemania, España y Colombia), han debido enfrentar el problema de la ponderación. Incluso si el nasciturus es persona con derecho a la vida (como lo afirmó la Corte constitucional alemana) ese derecho no es absoluto y debe ser ponderado frente a los derechos de la mujer y se debe determinar las condiciones bajo las cuales el embarazo es inextinguible.²² Pues bien, en mi opinión, precisamente para no tener que entrar

20 Ver el artículo citado en la nota 5.

21 Ibid. Ver, también, el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “El aborto no es un ilícito constitucional”, p. 192 de la versión pdf. del fallo.

22 Ver artículo citado en nota 7.

en estas consideraciones de ponderación es que el TC chileno prefiere entender el derecho a la vida del nasciturus como un derecho absoluto. Así, se evita analizar qué ocurre con los derechos e intereses de la mujer, asunto del todo preterido por el TC. Resulta muy llamativo que en un asunto tan relevante para la mujer, el TC la soslaye de modo absoluto.²³

4. El punto 4 sostiene que el aborto es contrario a la Constitución. Dice el TC:

Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente- que la vida comienza con la concepción (...) un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo (...) se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador (...) (Considerando 64).

Esta afirmación del punto 4 es sorprendente. En primer lugar, es necesario destacar que el fallo no incluye un análisis del aborto y su compatibilidad con la protección de la vida del que está por nacer (inciso 2°, artículo 19 N° 1). Concretamente, la palabra *aborto* aparece una sola vez en el razonamiento jurídico del tribunal y es en el pasaje recién citado.²⁴ Por tanto, ¿cómo puede el TC declarar que el aborto es contrario a la Constitución sin haber hecho un análisis del asunto? La explicación es simple. El TC, como la mayoría de los constitucionalistas católicos, parte de la base de que el aborto es contrario a la Constitución. Leen el inciso 2° del artículo 19 N° 1 y piensan que la Constitución prohíbe el aborto. Por tanto, asumiendo el TC que el aborto es inconstitucional, la única cosa importante que cabe dilucidar es si la pastilla del día después es o no abortiva, porque, si lo es, entonces debe declararse inconstitucional.

23 Ver el artículo de Andrés Bordalí y Yanira Zúñiga, “Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, en *Anuario de Derechos Humanos 2009*. 177 y 179. Disponible en www.anuario-cdh.uchile.cl. El asunto de los derechos de la mujer es tratado por el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “Acerca de los Derechos sexuales y reproductivos de la mujer”, 193 y ss. de la versión pdf. del fallo.

24 Ciertamente la palabra *aborto* aparece muchas veces en el fallo, cuando reproduce alegaciones de los actores en este juicio constitucional, cuando cita documentos aportados por las partes, etc. Pero el razonamiento sobre asuntos jurídicos de fondo y no cuestiones preliminares está contenido entre los considerandos 40 a 70, páginas 119-143 de la versión pdf del fallo, disponible en el sitio web del TC. En esta parte del fallo, el TC se refiere a los asuntos jurídicos que cabe dilucidar, y en esta parte usa la palabra *aborto* una sola vez.

En segundo lugar, debe señalarse que el aborto no está prohibido por la Constitución.²⁵ La Constitución establece en el artículo 19 N° 1 inciso 2°: “*La ley protege la vida del que está por nacer*” ¿Qué significa esta frase, tomada del artículo 75 del Código Civil?

i) Debe entenderse que dice “*La ley debe proteger* la vida del que está por nacer” y no *protege* la vida a secas. Se trata de una prescripción y no de una descripción. Esta prescripción está dirigida al legislador. Podemos decir que la Constitución establece aquí un mandato al legislador para que proporcione protección al nasciturus.

ii) Imaginemos solo por un momento que el legislador decide implementar ese mandato de protección prohibiendo el aborto. De ser así, sería el legislador y no la Constitución el que prohibiría el aborto (como, de derecho, es así actualmente). Por tanto, esto permite demostrar que la Constitución no prohíbe el aborto.

iii) ¿Quién decide desde qué momento y qué tipo de protección se debe dar al nasciturus? El propio legislador. Como hemos visto, la Constitución le encarga al legislador proteger al nasciturus, de modo que es el legislador el que decide qué protección debe brindarle al nasciturus y desde cuándo rige esa protección.

iv) Todos saben que las protecciones jurídicas pueden ser de distinto tipo e intensidades. Por ahora, pensemos en lo siguiente. La protección que el legislador dé al nasciturus, ¿puede constitucionalmente ser mínima? Esto es, ¿puede la ley permitir el aborto en muchos casos y dar escasa protección al nasciturus? Ciertamente. La extensión y forma de la protección del nasciturus se la encarga la Constitución al legislador. La Constitución no le dice al legislador que esa protección deba ser la más fuerte y amplia posible. Los redactores prefirieron dejar este asunto a la decisión del legislador. Yo no soy un entusiasta de interpretar la Constitución siguiendo las actas²⁶, pero si las leemos

25 Sobre este punto, ver el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “El aborto no es un ilícito constitucional”, 190 y ss. de la versión pdf. del fallo.

26 Ver mi artículo “*De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional.*” Figueroa, Rodolfo, en *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edeval, 2000.

veremos que los comisionados –salvo Guzmán– expresamente señalaron que la decisión en torno al aborto se la dejan al legislador. Expresamente, decidieron no decidir el asunto. Ahora bien, como esto dejaba una discrecionalidad absoluta al legislador, decidieron incorporar en el artículo 19 N° 1, un inciso 2° que dijera “*La ley protege la vida del que está por nacer*” para limitar esa discrecionalidad. Al hacer esto, no estaban prohibiendo el aborto, pues esa decisión se la dejaron al legislador; más bien, estaban poniendo un límite a la permisión del mismo. Silva Bascuñán dijo expresamente que el legislador, al decidir este tema, no podía ser “*tan liberal como en los países nórdicos*” y por ello la Constitución debía fijar un límite al legislador. Ese límite está dado por la referida frase.

v) ¿Podría constitucionalmente el legislador permitir el aborto sin límites, en todos los casos? Ciertamente no, porque eso significaría que el legislador no le está dando ninguna protección al nasciturus, con lo que incumple su mandato de proporcionar protección.

vi) Por la inversa, ¿podría el legislador conceder una protección máxima al nasciturus, prohibiendo el aborto en todos los casos? Esta es la pregunta central que han debido afrontar los tribunales cuando han revisado la constitucionalidad de las leyes que prohíben o permiten el aborto (EE.UU., Alemania, España y Colombia) y es la pregunta que el TC chileno no se hace. Visto así, el TC chileno no abordó lo único importante que debía abordar en este caso.

La respuesta a esa pregunta es larga y compleja, como dan testimonio diversos fallos de países extranjeros. En todo caso, la respuesta suele ser la misma: no²⁷, con excepción de los casos citados por el TC chileno: Argentina y Costa Rica. El legislador no puede dar máxima protección al nasciturus y prohibir el aborto de modo absoluto en todos los casos porque eso vulneraría los derechos de la mujer. Sin entrar en ese análisis, y remitiendo el lector al estudio de los fallos aludidos²⁸, baste enumerar por ahora: sus derechos sexuales y reproductivos, su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, su derecho a la salud mental y física, su dignidad, su derecho a la privacidad tal como ha sido

27 Para identificar los fallos pertinentes, ver el artículo citado en la nota 7.

28 Ibid.

entendido en EE.UU., su derecho a la igualdad, etc.²⁹ Por tanto, la protección al nasciturus debe ser ponderada con los derechos e intereses de la mujer.³⁰ Esto nos lleva al complejo tema de la ponderación o de la determinación de cuando el embarazo es inexigible. Estos son los temas centrales en materia de aborto. En efecto, el legislador debe decidir la protección que dará al nasciturus, la que no puede ser nula ni máxima, sino que debe ubicarse en algún punto entre esos dos extremos, dependiendo de cómo valora políticamente la vida del nasciturus y los derechos e intereses de la mujer. Es importante tener esto claro.

En casi todos los países del mundo occidental se permite alguna forma de aborto, pero eso no significa que no den protección al nasciturus. Le dan protección, pero es limitada, no absoluta. Por ejemplo, algunos países permiten el aborto hasta las primeras 10-12 semanas y luego lo prohíben. Eso da protección al nasciturus. El famoso fallo *Roe v. Wade* permite el aborto hasta la viabilidad y luego señala que los Estados pueden prohibirlo. Aquí también se protege al nasciturus. La misma lógica vemos en el fallo español y el colombiano. Dan protección al nasciturus, pero esa protección no comienza en la concepción. Aparentemente el TC chileno y los constitucionalistas católicos piensan que dar protección al nasciturus (como manda el artículo 19 N° 1 inciso 2°) supone concederla desde la concepción. ¿De dónde sacaron esa idea, que no está en la Constitución chilena y tampoco en el derecho comparado (salvo Argentina y Costa Rica) e internacional? La respuesta es simple: de la doctrina de la Iglesia Católica. Esto explica por qué piensan que permitir alguna forma de aborto y proteger al nasciturus es incompatible. En casi todos los países del mundo occidental se piensa que sí es compatible, porque al mismo tiempo permiten el aborto y protegen al nasciturus.

Cerramos aquí el análisis del punto 4 y pasamos al final, el punto 6 (recuérdese que el punto 5 es el único que puede estimarse correcto).

5. El punto 6 del razonamiento del TC señala que ante la duda sobre el efecto de la píldora (si afecta o no la implantación de huevo fecundado), la píldora

29 Ver el artículo de Bordalí y Zúñiga, citado en la nota 22.

30 Como se ha dicho, el voto de mayoría no entra en este asunto, pero sí el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “Eventual conflicto entre el interés protegido del nasciturus y derechos constitucionales de la mujer,” pp. 196 y ss. de la versión pdf. del fallo.

debe prohibirse. La razón es que lo contrario implica autorizar un eventual efecto que es inconstitucional (Considerando 67). Ante la duda de si la píldora afecta o no la implantación del huevo fecundado,³¹ el TC decidió prohibirla.

El razonamiento que sustenta esta decisión llama la atención. Ante la duda sobre los efectos de la píldora, el TC debió haber decidido lo contrario. En este caso, hay un requerimiento de 36 diputados en el cual solicitan se declare inconstitucional la norma que autoriza la píldora del día después. Ellos están demandando la prohibición. Para respaldar su solicitud, afirman que la píldora produce un cierto resultado. El TC reconoce que la producción de dicho resultado no está acreditada pues, hasta la fecha del fallo, había antecedentes científicos en uno y otro sentido. Por tanto, si pidió que se prohibiera algo basado en un efecto que no pudo probar, ¿qué debería haber hecho el TC? ¿Qué debería hacer cualquier tribunal? La respuesta es simple: denegar la solicitud. Ante la duda, se debe denegar la petición precisamente porque no está probada.

Así funciona el sistema legal. Si solicito a un tribunal que declare que fulano debe pagarme una indemnización de cierto monto por daños que me ocasionó, pero no logro probar el fundamento de mi petición, el tribunal va a rechazar mi solicitud. Si el fiscal acusa a un imputado de haber cometido un delito y solicita se lo condene a una cierta pena, pero no logra probar que cometió el delito, el tribunal va a rechazar la petición del fiscal. En este caso, el TC obró al revés: se pidió que se prohibiera algo y, aunque no se logró probar, de todos modos se acogió la petición.

El TC parece haber razonado interpretando equivocadamente el sentido común. Si me ofrecen un vaso de agua y me dicen que puede estar envenenada, pero que no es seguro que lo esté, obviamente la precaución me dice que no debo tomarla. Pero si solicito a un tribunal que le prohíba a una empresa distribuidora de agua que la distribuya, alegando que el agua que distribuye está envenenada, pero no logro demostrar que lo está, el tribunal va a rechazar mi petición. Si pido que cierren una fábrica porque contamina y pone en peligro la salud de las personas pero no logro probar que genere emisiones del tipo

31 Lo digo de esta forma en vez de decir si la píldora es *abortiva*, porque algunos han precisado que *aborto* implica terminar un embarazo y el embarazo supone implantación. Por ejemplo, en esta línea, ver el voto disidente del ministro Colombo, Considerando 11.

que pongan en peligro la salud de las personas, entonces seguramente el tribunal va a rechazar la petición, no la va a acoger. Un tribunal accede a una petición si tiene pruebas. Aquí, el TC accedió a una petición sin tenerlas.³²

El TC intentó fundar esta actitud en el principio precautorio —según el cual ante una duda razonable, hay que actuar— citando un informe de la Universidad Católica³³, tesis apoyada por Angela Vivanco.³⁴ Es decir, el razonamiento del TC es que si no está probado al daño al óvulo fecundado, existiría una duda razonable de que la píldora podría producir daño y, ante ello, sólo cabe prohibirla.

Esta idea también es objetable, pues no está probada la duda razonable. Sobre este punto, en mi opinión, lo mejor es sugerir la lectura de los extensos y acuciosos comentarios de los ministros disidentes Correa y Fernández, para ver por qué ella tampoco existe en este caso.³⁵

III. Conclusiones

1. El fallo del TC exhibe considerables deficiencias argumentativas, si pensamos que de los seis puntos que estructuran su razonamiento de fondo sólo uno es aceptable. Los votos disidentes dejan esto muy de manifiesto. Su debilidad se aprecia, además, en que fue un fallo 5 a 4, considerando que uno de esos 5 jueces debió haberse inhabilitado.

32 Ver voto disidente del ministro Colombo, Considerandos 30 a 34, y los votos disidentes de los ministros Correa y Fernández, sección “C. La afirmación de que existe al menos la duda de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de que la implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.” Considerandos 34 y ss. Destaco el siguiente párrafo: “A juicio de estos disidentes, no es posible a esta Magistratura partir, sin más, del supuesto que ese fármaco es apto para interrumpir el embarazo y mortal para el embrión. Ese es un hecho que debe probarse, por parte de quienes impugnan la norma que ordena distribuir el mismo fármaco debidamente autorizado. Partir del supuesto contrario haría imposible el gobierno, en este caso, haría inviable la política de autorización de medicamentos, pues habría que presumir que todo fármaco es capaz de producir la muerte mientras el propio órgano técnico no acredite lo contrario. Ello llevaría a la situación absurda y políticamente inviable de transformar a los tribunales en el verdadero órgano técnico -que no lo son- llamado a autorizar los medicamentos.” Considerando 37.

33 Considerando 64 y ss.

34 Vivanco, Angela. “La píldora del día después” 3 *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, 543-577 y 656.

35 Sección “C. La afirmación de que existe al menos la duda de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de que la implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.” Considerandos 34 y ss. Ver conclusión en p. 271 de la versión pdf. del fallo.

2. El TC no argumenta de modo riguroso:
 - a. Que el nasciturus sea una persona, constitucionalmente hablando, desde el momento de la concepción.
 - b. Que el nasciturus tenga derecho a la vida.
 - c. ¿Qué sentido tiene el inciso 2° del artículo 19 N° 1 y cómo se relaciona con el inciso 1°?
 - d. ¿Por qué el aborto estaría prohibido por la Constitución?
 - e. ¿Por qué habría que acoger el requerimiento a falta de prueba fehaciente sobre sus fundamentos?

3. El TC no aborda los temas centrales que el aborto plantea y que son fácilmente inteligibles si se lee la mundialmente famosa jurisprudencia de países como EE.UU., Alemania, España o Colombia. Entre esos muchos temas están los derechos e intereses de la mujer, asunto preterido por el fallo de mayoría.