

El debate en el Tribunal Constitucional sobre el proyecto de despenalización del embarazo en tres causales está terminando. Luego de extensas horas de audiencias y alegatos los Ministros deben deliberar y resolver. Hemos escuchado atentamente todo lo que se ha sostenido en esta etapa, y nos queda la impresión que, como miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, algo debemos decir, pues creemos que no se ha expresado, con profundidad, el debate que en dicha instancia tuvimos y que el Tribunal Constitucional debería re-conocer. No desconocemos, por cierto, que la jurisdicción constitucional chilena posee un vigoroso poder de control de constitucionalidad, sin embargo, desde el punto de vista del respeto a la regla de la mayoría, creemos también que dicho órgano debe ser especialmente prudente a la hora de ejercer sus atribuciones.

Quisiéramos partir exponiendo lo que entendemos es la máxima de lo que aprobamos en el Senado: un proyecto que pretender regular con certeza un conflicto de intereses y derechos constitucionalmente protegidos, tanto del que está por nacer como de las niñas, adolescentes y mujeres embarazadas, mediante el establecimiento de una política pública que ponderando lo anterior reconoce, bajo ciertas causales excepcionales, el derecho de ellas a poder tomar una decisión trascendental, a saber, decidir si continuar o interrumpir un embarazo que pone en riesgo su vida, que es inviable o que es producto de una violación.

El rol de la jurisdicción constitucional y el mandato de protección a la vida del que está por nacer

Durante el extenso debate que se dio en el Senado, no cabe duda que primó la idea que el mandato constitucional del legislador de protección del que está por nacer no impone la prohibición de la interrupción del embarazo bajo toda circunstancia y la consecuente sanción penal, sino que lo que se mandata es a legislar sobre la protección: pero no obliga a hacer uso (siempre, en todo caso o bajo determinadas formas de renuncia) del *ius puniendi*.

Fue también mayoritaria la tesis que el constituyente no estableció un límite específico y excepcional a la autonomía que le reconoce al legislador en el mandato “*La ley protege la vida del que está por nacer*”, a diferencia de como lo hace respecto de la regulación de otros derechos o intereses. Por el contrario, primó la idea que una interpretación integral de las normas constitucionales conlleva a reconocer que, siendo uno de los límites generales a la autonomía del legislador los derechos que emanan de la naturaleza humana, se deben integrar a la ecuación del mandato constitucional de protección de la vida del que está por nacer también los derechos de la mujer gestante. La discusión legislativa fue razonada, inclusiva y reflexiva, y buscó ponderar los derechos e intereses de la mujer gestante y de la vida del que está por nacer, a fin de dotar de contenido al mandato constitucional de protección de manera deliberativa y democrática.

También primó la tesis que el contenido del mandato de protección de la vida del que está por nacer se refiere a una cuestión esencialmente de mérito, a saber, la forma en que el legislador ha de cumplir el mandato constitucional –si ha de ser una protección absoluta o

una protección ponderada—. Primó la idea, desde luego, que ese mérito era potestativo del legislador.

La labor del legislador: el juicio de proporcionalidad

En nuestra opinión, la Constitución entrega al legislador la competencia para regular la forma en que se debe proteger la vida prenatal, sin que se pronuncie sobre cómo se cumple específicamente el mandato. Es decir, no impone ninguna medida en particular, sino sólo la obligación de establecer medidas efectivas de protección, dejando entregado al debate democrático cuál es la mejor manera de hacerlo. Por tanto, la Constitución no obliga a penalizar toda interrupción voluntaria del embarazo.

En este sentido, nadie discutió que la Constitución permite (no mandata) penalizar el aborto —que seguirá, por regla general, siendo siempre delito- cuando obliga al legislador a proteger la vida del que está por nacer, pero asimismo, se rechazó enfáticamente que ese mandato solo pueda llevarse a cabo de esa forma —sin respetar y garantizar los derechos fundamentales de las mujeres gestantes. La mayoría de la Comisión fue precisa en señalar que se debe reconocer que no sólo está en juego la protección de la vida del no nacido, sino también los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres embarazadas que se encuentren en alguna de las tres causales dramáticas y excepcionales. Esto es lo que, como legisladores, hicimos y lo que esperamos el Tribunal Constitucional comparta: reconocer que en este caso concreto existe un conflicto entre derechos fundamentales y/o bienes constitucionalmente protegidos que requiere una solución normativa que optimice al máximo todos los intereses en juego.

En esta solución se reconoce que la penalización total de la interrupción del embarazo, que no tiene en cuenta la especial situación en que se encuentran las niñas, adolescentes y mujeres embarazadas en las tres circunstancias que regula el proyecto, es una medida desproporcionada, tanto en sentido amplio como estricto, y por tanto inconstitucional.

Para establecer el límite constitucionalmente aceptable al uso del *ius puniendi* en estos casos, acudimos al juicio de proporcionalidad. Como bien se sabe, aquel se traduce en tres subprincipios: la regla de adecuación o idoneidad, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto. Para que una norma sea constitucional se deben satisfacer estos tres criterios. Es decir, la constitucionalidad de la penalización absoluta del aborto consentido depende de que se acredite que ésta es una medida efectiva para proteger al no nacido, a saber, es idónea; que no existen otras medidas que no afecten o que afecten en menor medida los derechos de las mujeres embarazadas, a saber, es necesaria; y que los beneficios que resultan de la penalización superan los costos en términos de afectación de los derechos de las mujeres; a saber, es estrictamente proporcional. Diversos académicos y académicas especialistas en derecho constitucional explicaron crítica y negativamente esto en el debate legislativo y ello convenció a la mayoría de sus integrantes.

Consideraciones específicas en torno al proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

En nuestra opinión, la legislación propuesta regula un modelo que valoriza la voluntad de decisión de la mujer, pero dentro de un procedimiento que tiene la máxima preocupación y consideración con el respeto de la protección del que está por nacer. Se trata, desde luego, de un modelo que no legaliza la interrupción del embarazo *tout court*, sino que solo en algunas hipótesis. Ello porque la gestación y la continuación de un embarazo afectan, en especial en las tres causales, a otros bienes jurídicos dignos de protección de la mujer, por ejemplo, su vida, su salud, su libertad o su dignidad, entre otros. Cuando se produce un conflicto de interés relevante, el legislador debe, siempre desde una perspectiva laica, resolver conforme al principio de ponderación, optimizando los intereses en juego. Eso fue lo que hicimos.

Se trata de una ponderación tan evidente que ella ha sido acogida y aprobada por innumerables cortes constitucionales (alemana, española, italiana, portuguesa, entre muchas otras), quienes han visto en ella una buena forma de compromiso de protección de distintos derechos fundamentales en pugna. De hecho, el tribunal constitucional alemán, por poner un ejemplo, cuando descartó la propuesta del legislador de establecer un sistema de plazo, dejó entrever que, en su opinión, y dada las circunstancias existentes, la vida en gestación sólo resultaría adecuadamente protegida siguiendo un “modelo de indicaciones” que incluyera, no sólo el aborto terapéutico, embriopático y ético (como hoy se propone), sino que incluso dejó abierta la puerta para una indicación social.

Lo anterior nos permite decir que el bien jurídico tutelado por la norma propuesta sobre la interrupción voluntaria del embarazo es, también, la vida del *nasciturus*. La iniciativa, en cuanto regula solo causales extremas en las que está permitido la interrupción del embarazo, retiene como injusto típico todo otro supuesto de aborto no regulado en ella, manteniendo restringida la autonomía de la mujer, quien en todos los demás casos debe mantener el deber de solidaridad que el Derecho le impone para con el no nacido (salvo, claro está, supuestos reconocidos –aunque discutidos- en la parte general de nuestro Código penal).

Dicho lo anterior, la intención de la Comisión de Constitución, y en eso no hay duda alguna, fue entender los supuestos de procedencia de la ley como causales de justificación, y ello fue pensando así pues así se explica y justifica la cobertura por parte del sistema de salud público, la validez del contrato con el médico (y la justificación para él también) y la imposibilidad de auxilio de terceros. Por lo mismo, independiente de otras consideraciones, en nuestra opinión sólo la calificación como lícita de la interrupción del embarazo permite una coherencia normativa. La exigencia de intervención de un médico –sobre la base de garantizar la integridad de la mujer, pero también la licitud del procedimiento-, sólo tiene sentido si también su intervención no es punible por ausencia de ilicitud.

Esto quiere decir que se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico una nueva causa de justificación que no se corresponde, precisamente, con ninguna de las actualmente vigente, a saber: no se pide en la situación concreta que exista un mejor derecho o interés preponderante, no se exige una lesión inminente del derecho afectado, ni se requiere que

el juez compruebe durante el proceso penal la existencia en el caso concreto de los requisitos de la causas de justificación. Se trata, como por lo demás es hoy común en el derecho comparado, de causales de justificación con un fuerte carácter administrativo, pero que ello no excluye un control judicial *ex post*. De hecho, si se considera que el injusto de la interrupción del embarazo más allá de los supuestos autorizados por la ley es siempre punible, la preocupación por un supuesto fraude a la ley, queda cubierta precisamente por ese control posterior. En este sentido, y en ello queremos ser claros, el hecho de que se trata de una nuevas causales de justificación no excluye la posibilidad que judicialmente se aprecie un supuesto de error en los presupuestos fácticos de dicha causal, lo que, desde luego, faculta para que en caso de no concurrir esa hipótesis de error –es decir, se verifica el supuesto de fraude a la ley-, se pueda imponer la sanción según la regla general. Es esta otra forma en que el Tribunal Constitucional puede también apreciar un ámbito propio al cumplimiento de la obligación de protección del no nacido.

Por lo mismo, rechazamos categóricamente (y fue algo largamente debatido) que siquiera se sugiera que la respuesta en estos casos sea sólo la no punibilidad por ausencia de reproche o culpabilidad, manteniendo la ilicitud de la interrupción del embarazo: pues ello nos llevaría a tener un sistema que termine fomentando el aborto clandestino; poniendo en riesgo a las mujeres, adolescentes y a las niñas; negando su autonomía –limitando el reproche a la no exigibilidad- pero, por sobre todo, manteniendo una sanción penal que sólo se justifica en un malentendido reproche social y ético hacia quienes decidan interrumpir su embarazo.

En conclusión, no estamos disponibles para seguir un camino que –desde la culpabilidad- apunte hacia la despenalización por no exigibilidad de otra conducta. No estamos disponibles para que el aborto sea impune penalmente solo cuando: a) la mujer deba abortar clandestinamente; b) deba someterse a un juicio penal como imputada; c) deba someterse a exámenes y pericias –todas revictimizantes- para evaluar si pudo o no comportarse de otra manera; d) deba someterse a la incertidumbre que un tribunal –siempre *ex post*- decida si la absuelve, le disminuye la pena o la condena. No seremos nosotros los que les impongamos un trato así de humillante, indigno e inmoral a nuestras niñas, adolescentes y mujeres.

Felipe Harboe Bascuñan

Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Pedro Araya Guerrero

Alfonso De Urresti Longton

Senadores miembros y ex presidentes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento