



FUNDACIÓN
JAIME GUZMÁN

REGULACIÓN DEL ABORTO EN CHILE

N° 401
21 DE AGOSTO 2024

Ideas & Propuestas

Resumen ejecutivo

La cuenta pública de junio pasado volvió a poner al aborto libre en la mira. Chile debe rechazar esta idea progresista, no sólo por el detrimento moral que significa para cualquier comunidad humanista que dice respetar la vida, el matar inocentes, sino que porque es ajeno a nuestro Derecho. En este Ideas y Propuestas se buscará profundizar en los preceptos legales chilenos que reflejan que la protección de la vida del *nasciturus* ha estado siempre contemplada en nuestro ordenamiento jurídico.



Foto: adnradio.cl

I. Introducción

La cuenta pública presidencial de este año estuvo marcada por el reimpulso de la agenda progresista que es esencial a su coalición. Así, entre otras medidas, anunció que se enviaría al Congreso un proyecto de ley para legalizar el aborto libre. Esto sería una radicalización de la actual ley N°21.030, que permite el aborto en tres causales.

Esto es incompatible no sólo con la moral de una sociedad que pone al individuo en el centro. Muchas veces ya se ha analizado el problema filosófico que trae aparejado el aborto. En ese sentido, volvemos a reiterar que la dignidad que hace que los humanos sean sujetos de derechos fundamentales como la vida se deriva de su condición de persona. Ésta, a la vez, no se le atribuye, sino que se le reconoce, y no puede sino que nacer con la formación misma de esa vida: el momento

de la concepción. Es en el instante en que se crea un material genético nuevo y distinto al del padre o de la madre que se produce lo que Aristóteles llama la *unión hilemórfica*¹, en que se juntan alma y cuerpo. En otras palabras, desde la concepción, hay un ser humano nuevo, que es persona y por tanto digno como todas las demás. Toda otra hipótesis es atributiva y, por tanto, arbitraria.

Sin embargo, el aborto libre es también contraria al Derecho chileno. Éste se empapa de la tradición humanista que pone a las personas en el centro de la sociedad, iguales en dignidad y derechos. Además, esto se basa en reconocer que todos los humanos son personas, por lo que protege los intereses y derechos de quienes lo son, aunque estén en un estadio de desarrollo anterior al de los demás, como los que están por nacer. Los preceptos de la Constitución y del Código Civil, como se explicará, siguen esta línea, reconociendo al *nasciturus* como sujeto de derechos, y protegiendo su derecho a la vida. Así ha sido, contrario a la interpretación del Tribunal Constitucional el 2017, desde los albores de nuestro Derecho patrio, con el Código de Bello.

[1] ORREGO, Cristóbal (2016): *Filosofía: Conceptos fundamentales*, (Santiago, Ediciones UC), p. 252.



I. El aborto en el Derecho

1. Constitución

La Constitución de 1980 tiene un fuerte sello humanista, que se refleja, principalmente, en su artículo 1. En él se consagra la dignidad de la persona humana como inspiración de todo el ordenamiento jurídico. Sirve, así, como una declaración de principios del constituyente. Dicho artículo, en su primer inciso, reconoce que “[l]as personas nacen libres e **iguales en dignidad y derechos**”.

Al respecto, José Luis Cea escribe que “[a]ntes, y sobre los derechos públicos subjetivos mencionados y otros más, en la Constitución consta hoy proclamado el valor de la dignidad de la persona humana, nada menos que en el umbral, esto es, al comienzo del primero de sus

*artículos*². Así, la Carta Fundamental no oculta su carga valórica. Sin la dignidad que le es inherente a todas las personas, los derechos fundamentales no se sostienen³. Las declaraciones del artículo 1 apuntan al *thelos* de la Constitución. Así, no se puede interpretar jurídicamente un precepto sin tenerla en cuenta.

Esto se refleja más prístinamente en el capítulo III, que reconoce los derechos fundamentales. En esa línea, el derecho a la vida es el que abre el catálogo del artículo 19, y entrega un mandato a la ley de proteger la vida del que está por nacer, justamente por ser acreedor del respeto propio que se le debe a todas las personas. La mención de este mandato dentro de un derecho fundamental que, según las palabras que usa el mismo texto, se “le asegura a **todas las personas**”, es clave.

Esta protección fue refrendada por el Tribunal Constitucional en la sentencia por la píldora del día después (rol 740-2007), cuando falló que: el que está por nacer es persona, y por tanto tiene derecho a la vida y no sólo una protección de dicho bien jurídico⁴. Por tanto, la Constitución ordena al legislador a proteger al *nasciturus* en cuanto persona, y por tanto, sujeto de derecho⁵. Es decir, además, que Jaime Guzmán

[2] CEA, José Luis (2022): *Derecho constitucional chileno, tomo I* (Santiago, Ediciones UC, 4ª ed.), p. 107.

[3] CEA, José Luis (2022): *Derecho constitucional chileno, tomo I* (Santiago, Ediciones UC, 4ª ed.), p. 106.

[4] Considerando 22º, STC 3729-2017. En esta sentencia, el Tribunal se desdice de esta jurisprudencia, lo que consideramos lamentable y jurídicamente perjudicial, y argumentó en el considerando 40º “[s]in perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia”. No se desprende de la historia fidedigna de la Constitución que la sentencia ya había transcrito, ni de la jurisprudencia constitucional más reciente, ni mucho menos de la letra del texto, que ni en el artículo 1 ni en el encabezado del artículo 19 hacen una distinción entre nacido y no nacido.

[5] CEA, José Luis (2022): *Derecho constitucional chileno, tomo I* (Santiago, Ediciones UC, 4ª ed.), p. 216.

celebrara la constitucionalización de dicho mandato⁶, pues indica que apuntaba a ser un avance en la protección del *nasciturus*.

Es cierto que queda al Congreso el cómo cumplir dicho mandato. Sin embargo, en razón a los valores plasmados en el artículo 1, es claro que debe favorecerse la interpretación más *pro persona*⁷, dentro de la cual se comprende al no nacido. El Tribunal Constitucional ha sostenido que esto se desprende de la Carta Fundamental⁸. Lo que se dio en el debate legislativo y en el seno de dicho tribunal fue una ponderación entre dos derechos fundamentales: el de la madre y el del hijo no nacido. A través de él, se concluyó, incorrectamente a nuestro parecer, que había casos fuera del principio del doble efecto en que primaba el derecho a la vida de la mujer. Este razonamiento es imposible de replicar en el debate del aborto libre, en parte porque reconoce al *nasciturus* como sujeto de derecho.

2. El Código Civil

A nivel legal, se suele hacer una lectura errónea de nuestro Código Civil. Sin embargo, se confunden declaraciones dogmáticas propias de la Constitución, con regulaciones legales de Derecho Civil, que pretenden regir las relaciones jurídicas entre las personas en sociedad⁹.

[6] GUZMÁN, Jaime (2021): "Seguridad nacional en la Constitución de 1980" en *Obras completas, tomo III* (Santiago, Fundación Jaime Guzmán), p. 471.

[7] CSTC 740-2007, en CEA, José Luis (2022): *Derecho constitucional chileno, tomo I* (Santiago, Ediciones UC, 4ª ed.), p. 216.

[8] CEA, José Luis (2023): *Derecho constitucional chileno, tomo I* (Santiago, Ediciones UC, 4ª ed.), p. 113.

[9] BELLO López, Andrés de Jesús María y José (1981): "Derecho Romano", en *Obras Completas de Andrés Bello, t. XVII* (Caracas, Fundación Casa de Bello, 2ª ed.), p. 317.



En ese sentido, se arguye que el artículo 74 le otorgaría la personalidad solamente a las ya nacidas¹⁰, al señalar que la “existencia legal de toda persona principia al nacer”. Pero, como se colige de las anotaciones del propio Andrés Bello, este artículo apunta al goce de los derechos, no a si la persona es, filosóficamente, sujeto de derecho¹¹. Luis Claro Solar también afirma que “[d]istingue el Código entre la existencia natural y la existencia legal de la persona. Aquélla principia con la concepción”¹². En otras palabras, la existencia legal es distinta a la material, y se establece con el fin de poder reglar, por ejemplo, los derechos sucesorios del niño que no nació, lo que es coherente

[10] Dado el nombre del título *Del principio y fin de la existencia de las personas*.

[11] BELLO López, Andrés de Jesús María y José (1981): “Código Civil I”, en *Obras Completas de Andrés Bello*, t. XIV (Caracas, Fundación Casa de Bello, 2ª ed.), p. 75-76.

[12] CLARO SOLAR, Luis (1918): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica, 2ª ed.), p. 216.

con lo planteado por el artículo 77¹³. Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la persona, con su dignidad, existe desde la concepción. Por eso debe protegérsela.

Además, el codificador señala que, en su trabajo, se basó en el principio jurídico *nasciturus habetur pro nato*, que justamente busca proteger los derechos del que está por nacer¹⁴, en concordancia con lo anotado por Claro Solar. Si actúa como principio general de defensa de éste, es porque se le reconoce como sujeto de derecho, no sólo como un bien jurídico que no puede exigirlos, y que es objeto de protección discrecional por parte de éstos. Esto es concordante con lo escrito por Andrés Bello: “[p]ero en consideración a la vida que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar”¹⁵.

De hecho, es el mismo Código Civil el que anticipó el mandato que después se consagró a nivel constitucional. Así, el artículo 75 dispone que “[l]a ley protege la vida del que está por nacer”. Es imposible argumentar que esta protección es porque Bello consideraba al *nasciturus*

[13] “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 en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

[14] POLO, Eva María (2007): “Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en derecho romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente Código Civil”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, 11, p. 719.

[15] BELLO López, Andrés de Jesús María y José (1981): “Derecho Romano”, en *Obras Completas de Andrés Bello*, t. XVII (Caracas, Fundación Casa de Bello, 2ª ed.), p. 318.

como un “bien jurídico de la mayor relevancia”¹⁶, pues la ubicación de esta norma, dentro del Libro I *De las personas*, apunta a su inclusión dentro de los sujetos de derecho que posteriormente podrán entablar relaciones jurídicas civiles. Claro Solar ya afirmaba que este artículo existe porque “*el interés social exige que se garantice la existencia de toda criatura desde el momento de su concepción*”¹⁷.

Asimismo, es evidente que el Código se nutre de la tradición humanista liberal, y que reconoce la personalidad del *nasciturus*. Ya en su artículo 25 dispone que “[l]as palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a **individuos de la especie humana**”, y el artículo 55, que abre el Libro I, declara que “[s]on personas todos los **individuos de la especie humana**, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Andrés Bello, un lingüista ejemplar con una prosa cuidadosa, eligió sus palabras cuidadosamente, así como también lo hizo con el artículo 74. Además, a diferencia de este último, el artículo 55 no se inserta dentro de ningún título en el Libro I, por lo que debe concluirse que su efecto es más general que la sola capacidad jurídica.

[16] Palabras utilizadas en el considerando 40°, STC 3729-2017

[17] CLARO SOLAR, Luis (1918): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica, 2ª ed.), p. 221.

III. Conclusiones

En conclusión, tanto la Constitución como el Código Civil no distinguen entre nacido y no nacido para otorgar el carácter de persona. El segundo, en sus artículos más generales, se refiere a las personas como “individuos de la especie humana”, lo que es concordante con la personalidad del *nasciturus* ya argumentada. En otras disposiciones que regulan, desde la óptica del Derecho Civil, la existencia de la persona, se la mira en cuanto sujeto capaz, e incluso así se aplica un principio que busca tutelar los derechos del *nasciturus*. Esto es refrendado por la obra doctrinaria del mismo Andrés Bello.

La primera, en palabras de los mismos comisionados constituyentes, toma mucho de la regulación del Código Civil. Además, la Constitución

está empapada de un humanismo que reconoce la dignidad humana de todas las personas, incluyendo en la regulación del derecho a la vida, al niño que está por nacer. Así, se puede afirmar que se le reconoce su personalidad incluso antes de haber nacido. En consecuencia, su derecho a la vida merece ser protegido, en principio, con la misma intensidad que el de los ya nacidos, y no debe ser vulnerado sino en los casos comprendidos bajo el principio del doble efecto. Esto ocurre para todas las personas.

Nuestro Derecho, desde sus albores, ha forjado una tradición de sólido respeto a la vida humana- a toda vida humana. El *nasciturus*, como sujeto de derecho reconocido, no merece una protección más débil o una degradación en su calidad jurídica.



www.fjguzman.cl

 @FundacionJaimeGuzmanE  @fundacionjaimeguzman  @FundJaimeGuzman

Capullo 2240 - Providencia, Santiago | Tel: (56 2) 2940 1100