



## Artículos



Santiago, 4 de septiembre de 2017

### **El estatus del embrión humano en la sentencia sobre aborto del Tribunal Constitucional.**

*En términos kantianos, el embrión humano no es una cosa sujeta a valoración cuantitativa (precio), sino una persona de valor absoluto e inmensurable (dignidad).*

Por: Hernán Corral

---

El 28 de agosto de 2017 se dio a conocer el texto completo de la sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó, por 6 votos contra 4, los dos requerimientos de inconstitucionalidad que se habían presentado en contra del proyecto de ley que regula el aborto, en lo referido a las tres causales en los que éste se despenaliza (Rol N° 3729(3751)-17). Una de las ideas de la fundamentación que concentró la atención de los medios fue que el Tribunal afirmaba que el concebido no nacido no es persona para todo el ordenamiento jurídico chileno, incluido el actual texto constitucional.

Convenimos en que una primera lectura de las 295 páginas del fallo puede dar esa impresión. El voto de mayoría, y que constituye el fallo sobre este punto, lo asienta de manera reiterada: “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”, de modo que “el costo de interrumpir la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto...”; “el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento...” (cons. 40º); “parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nasciturus, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional” (cons. 40º); “El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos” (cons. 77º); “el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución [...] no necesita del estatuto de persona [...] para recibir protección” (cons. 78º); “el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona” (104º); “el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer” (cons. 108º).

Como se ve, y aunque cause perplejidad la expresión de “sujeto que es expectativa de persona”, esta parte del fallo afirma que el estatus del embrión humano durante toda la gestación y hasta el alumbramiento no sería no el de persona, sino el de cosa, cuya protección es encargada por la Constitución al legislador, por tratarse de un interés o bien valioso.

El voto disidente de los cuatro ministros que votaron por acoger los requerimientos (Peña, Aróstica, Romero y Letelier) sostienen lo contrario, ratificando lo que el mismo Tribunal había dejado asentado en la causa rol N° 740-2007 por sentencia de 18 de abril de 2008, esto es, que desde la misma fecundación del óvulo, surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre, acreedor de la protección constitucional como sujeto de derechos y persona (cons. 50º). Los disidentes reafirman que “nuestra Constitución asegura los derechos fundamentales a ‘todas las personas’, concepto que, después de la reforma constitucional de 1999 (Ley N° 19.611), comprende, inequívocamente, a todo individuo de la especie humana, incluido ‘el que está por nacer’” (N° 31) y que bajo el texto constitucional, “el ser humano es titular de derechos fundamentales desde el momento mismo que es concebido” (N° 38).

Leyendo el fallo hasta aquí (p. 238), pareciera que una mayoría de seis ministros afirman que el embrión humano no es persona sino desde el nacimiento, mientras que cuatro ministros opinan que el texto constitucional confiere el estatus de persona al ser humano desde su concepción.

Sin embargo, al continuar la lectura nos encontramos (p. 239) con una extensa prevención de uno de esos seis ministros que conformaron el fallo de mayoría: el ministro Domingo Hernández Emparanza, en la que manifiesta su desacuerdo con sus otros cinco colegas justamente en lo referido al estatus jurídico del que está por nacer. El Ministro Hernández declara “no compartir” que el concebido tenga la calidad de “mero interés jurídicamente protegido [...] que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto” (N° 1, letra a), lo que reitera más adelante al sostener que las causales de aborto sólo pueden considerarse constitucionales en el estricto sentido de causales de justificación o exculpación penal, y “en ningún caso porque el feto sea un mero interés jurídico y no un ser humano” (N° 2, letra b).

Prosigue diciendo que no procede estimar que la permisón penal del aborto se funde en la autonomía de la mujer ya que que “la autonomía de la voluntad consiste en el ejercicio de las libertades propias a efectos de asumir uno mismo las consecuencias de sus personales decisiones, por lo que concluye precisamente allí donde comienzan los derechos de los demás” (N° 1, letra a) -con lo que se ve que estima al concebido como un ser semejante a la mujer y titular de sus propios derechos-. Para mayor claridad afirma que en su concepto el que está por nacer no puede considerarse, como lo aseguran los otros cinco ministros del voto de mayoría, como una vida dependiente y subordinada a la madre: “somos de parecer que el embrión o el ulterior feto constituyen una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo, si bien dependiente de la madre en términos biológicos e incluso psicológicos (emotivo-cognitivos). Este otro ser humano, es en *clara et distincta perceptio* diverso y único como tal otro ser humano, que ya existe en cuanto tal desde su concepción...” (N° 1, letra a). Continúa aseverando que la vida humana es un continuo que comienza con la concepción: “Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana después del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo” (N° 1, letra a).

El Ministro en su prevención acepta que el Derecho pueda forjar conceptos técnicos de persona con fines pragmáticos, y así interpreta que para efectos civiles se considere persona al ser humano desde su nacimiento: “... el Derecho conoce un concepto de persona, para efectos civiles: ella existe al nacer [...] por razones fundamentalmente pragmáticas: sólo desde ese momento es factible que el ser humano ingrese al registro civil, mediante partida de nacimiento y, además, tenga identificación mediante cédula nacional de identidad, con impresión digital, fotografía y rol único nacional [...]. Además, a partir de ese momento biológico el derecho asocia al ser humano los llamados atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, patrimonio, domicilio, estado civil y capacidad de goce, de los cuales carece el ser humano vivo en el claustro intrauterino”. Sin perjuicio de lo anterior, el Ministro apunta: “Pero esa razón pragmática, orientada fundamentalmente a efectos patrimoniales, no puede llegar a significar que el feto antes de nacer sea sólo un mero ‘centro de atribución o imputación normativa’ para ciertos efectos, y no una forma de vida humana plena sólo que en otro

estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre, dadas ciertas circunstancias” (Nº 1, letra c). Es decir, el que al concebido no pueda aplicarse el concepto funcional y pragmático de persona orientado a cuestiones patrimoniales no puede considerarse razón válida para que se le niegue su calidad de ser humano con derecho a la vida. Coherentemente la prevención califica de “hijo” al que está por nacer: “no es un derecho exclusivo de la mujer gestante decidir tener o abortar un hijo” (Nº 1, letra b).

Como podrá observarse el Ministro Hernández considera que el embrión humano es persona si entendemos este término, no en el sentido de la civilística decimonónica, sino como sujeto titular de derechos fundamentales y que es el concepto de persona que ha introducido el movimiento constitucionalista de postguerra y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fundado en la universalidad de la noción de dignidad humana, y que ha permeado también a la civilística más moderna. No sorprende, entonces, que la prevención al tratar de la causal de inviabilidad fetal la declare constitucional sólo en la medida en que el diagnóstico sea hecho por médicos que sean profundos conocedores de la rama del saber involucrada (perinatólogos) y no sólo por médicos obstetras, por entender que así lo exige el principio *favor homine* o *favor persona*, tras lo cual cita en apoyo la sentencia del mismo Tribunal Constitucional, rol Nº 1.484, de 5 de octubre de 2010, que sostiene que el referido principio obliga “al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de las *personas* antes que aquélla que los anule o minimice” (Nº 3, letra B, xxii) (énfasis añadido).

Nos parece indiscutible, en consecuencia, que el voto del Ministro Hernández, en lo referido al estatus del embrión humano, debe restarse de los otros cinco votos favorables a la constitucionalidad de las causales del proyecto y adicionarse a los cuatro votos disidentes partidarios de la inconstitucionalidad. De esta forma, un análisis detenido de la sentencia debe llevar a la conclusión de que en esta materia hubo un empate de cinco votos contra cinco. Al no ser procedente el voto dirimente del Presidente, habrá que entender que sobre este punto no hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y que ha de considerarse vigente el precedente de la sentencia rol Nº 740, de 2007, en el sentido de que bajo nuestra Constitución la persona comienza con la concepción y no con el nacimiento. En términos kantianos, el embrión humano no es una cosa sujeta a valoración cuantitativa (precio), sino una persona de valor absoluto e incomensurable (dignidad).

Esta lectura -digamos finalmente- es la única compatible con el derecho de todo ser humano a que se reconozca su estatus jurídico de persona, derecho que ha sido declarado expresamente por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 3, en relación con el art. 1.2). (Santiago, 4 septiembre 2017)

---