

LOS LÍMITES AL LEGISLADOR EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS: SENTENCIA ROL N°3729-17 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE RECAÍDA EN EL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES

Alejandra Ovalle Valdés*

Resumen: La sentencia del Tribunal Constitucional de Chile recaída en el proyecto de ley que despenaliza el delito de aborto en tres causales, contiene un radical giro jurisprudencial en materia del reconocimiento de los derechos esenciales inherentes a la naturaleza humana como límites al poder soberano y, en particular, a la actividad legislativa. Lo razonado por el Tribunal Constitucional en este ámbito no sólo incide en el contenido y alcance del derecho a la vida, sino que impacta a todo el sistema de derechos y a la comprensión de la relación entre la persona y el Estado. Sus consecuencias quedan de manifiesto en el voto disidente concerniente a la regulación de la objeción de conciencia en el proyecto de ley impugnado.

Palabras clave

Tribunal Constitucional, aborto, limitación de derechos.

Abstract: The Chilean Constitutional Court decision related to the bill that decriminalizes abortion for three cases, contains a radical jurisprudential shift for the recognition of natural rights as a limitation of sovereign power, and in particular, to legislative activity. The reasoning of the Constitutional Court not only affects the content of the right to life but also impacts the system of rights and the understanding of the relationship between people and the government. Its consequences are evident in the dissenting opinion concerning the regulation of conscientious objection.

Key words

Constitutional Court, abortion, rights restrictions.

DOI: 10.7764/RLDR.5.60

1. Antecedentes de la sentencia Rol N°3729-17

El 31 de enero de 2015, ingresó el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con el que se inició la discusión del proyecto de ley Boletín N°9895-11 que regula la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales. La presente iniciativa legal tuvo por objetivo fundamental modificar el artículo 344 del Código Penal que penaliza a la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, así como el artículo 119 del

* Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Código Sanitario que establecía que no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.

Tras más de dos años de tramitación legislativa, el proyecto de ley fue aprobado por el Congreso Nacional. Previo a la promulgación de la ley, y en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 93 de la Constitución, un grupo de senadores y diputados que representan más de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio, interpusieron dos requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Chile.

Los parlamentarios requirentes impugnaron las disposiciones del proyecto de ley referidas a la despenalización -a través del establecimiento de una causal de justificación- del delito de aborto en caso de riesgo vital de la mujer, ante una patología congénita del embrión o feto de carácter letal y si el embarazo es producto de una violación. La inconstitucionalidad alegada se fundó, principalmente, en el artículo 19 N°1 de la Constitución, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y mandata al legislador a proteger la vida del que está por nacer.

Asimismo, se alegó la inconstitucionalidad de la regulación de la objeción de conciencia, por cuanto se consideraba su procedencia solo respecto de algunas causales y bajo ciertas condiciones, se circunscribía exclusivamente al médico y personal profesional de la salud que desarrollen funciones al interior del pabellón quirúrgico y se establecía expresamente que en ningún caso podía ser invocada por una institución. Los requirentes plantearon la vulneración del artículo 19 N°6, que asegura a todas las personas la libertad de conciencia, del artículo 19 N°15, referido al derecho de asociación y de la autonomía de los grupos intermedios garantizada en el artículo 1º inciso 3 de la Constitución.

A través de la sentencia Rol N°3729-17 de fecha 28 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional rechazó, por mayoría, los requerimientos deducidos en contra de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En cuanto a la objeción de conciencia, acogió de forma parcial la impugnación, lo que tuvo por efecto ampliar las circunstancias y sujetos autorizados a invocarla personalmente, y extender su procedencia a las instituciones.

Como es evidente, esta sentencia tiene implicancias jurídicas y éticas de gran trascendencia en relación con la personalidad del que está por nacer y la protección que le otorga la Constitución. El reconocer al *nasciturus* solo la calidad de bien jurídico de relevancia constitucional contradice lo resuelto por este mismo Tribunal Constitucional en el año 2008, oportunidad en la que sostuvo que existía una persona titular del derecho a la vida desde el momento de la concepción¹.

¹ STC, Rol N°740, de 18 de abril de 2008, considerandos 49º a 60º.

No obstante, el presente comentario se centrará en una de las líneas argumentales que plantea la sentencia, la que incide en el reconocimiento de los límites al ejercicio de la soberanía y en el rol que le cabe al legislador. Estos razonamientos impactan todo el sistema de derechos y la comprensión de la relación entre la persona y el Estado.

2. Interpretación de los preceptos constitucionales que reconocen la existencia de derechos inherentes a la persona humana

La Constitución Política de la República de Chile ha sido caracterizada como una constitución valórica o axiológicamente definida. Se inserta en una tradición constitucional humanista que concibe a la persona como anterior y superior al Estado, y que entiende que sus derechos derivan de la naturaleza humana y no de una concesión estatal concretada en el derecho positivo. Asimismo, la Constitución vigente es la primera en tratar expresamente los límites a la soberanía, recogiendo la noción de soberanía limitada por los derechos humanos que vino a consolidarse a inicios del siglo XX.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de Chile ha afirmado que “el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado”².

Lo expresado es determinante para la actividad del intérprete constitucional, en cuanto debe considerar la unidad normativa de la Carta Fundamental y determinar el sentido de sus disposiciones conforme al conjunto de principios y valores que dan cuenta de su finalidad humanista.

La sentencia que se comenta contiene un radical giro jurisprudencial en este ámbito. La interpretación que efectúa de los preceptos constitucionales que reconocen la existencia de derechos inherentes a la persona humana no sólo se aparta del texto literal de la Constitución, sino que contradice la orientación y finalidad perseguida por la misma.

En primer término, y para efectos de justificar que la Constitución construye su concepto de persona a partir del nacimiento, se sostiene que “así lo establece el artículo 1º inciso

² STC, Rol N°1185, de 16 de abril de 2009, considerando 11º; STC, Rol N°2410, de 29 de agosto de 2013, considerando 11º; STC, Rol N°2747, de 25 de agosto de 2015, considerando 11º; STC, Rol N°2801, de 25 de agosto de 2015, considerando 11º; STC, Rol N°2860, de 26 de enero de 2016, considerando 13º; STC, Rol N°2887, de 26 de enero de 2016, considerando 18º.

primero de la Constitución. Este establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”³. Se afirma que esta expresión apunta a resaltar que “las personas por ese solo hecho, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más”⁴. Finalmente agrega que esta expresión también tiene el sentido de un hecho biológico⁵, por lo que el nacimiento sería el hecho habilitante para adquirir la condición de persona.

Lo planteado en la sentencia se aleja de la comprensión, fuertemente arraigada, que ha tenido el término *nacen* de esta disposición constitucional: la dignidad, atributos y derechos de la persona son inherentes a su naturaleza y no el resultado de una decisión estatal, ni siquiera del poder constituyente. En consecuencia, el Estado está al servicio de la persona y su competencia se encuentra limitada por derechos anteriores y superiores al poder público⁶.

Esta fórmula recoge la tradición del derecho natural y del constitucionalismo liberal que se inicia con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776⁷ y la Declaración Derechos del hombre y del ciudadano de Francia de 1789. Esta última alude a “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, agregando que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. En la misma línea, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se señala que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Esta norma ha sido entendida como una expresión de la universalidad de los derechos, que infunde todo el derecho internacional de los derechos humanos.

De esta forma, el inciso primero del artículo 1º de la Constitución “se refiere, evidentemente, a la idea liberal según la cual las personas tenemos derechos que son anteriores al Estado. Por eso, **nacemos** con ellos. Sólo un provincianismo jurídico muy pobre puede llevar a pensar que esta solemne declaración alude al criterio práctico de nuestro Código en el sentido que sólo al separarse completamente la criatura de la madre – cortado el cordón umbilical y sobreviviendo “un instante siquiera”- hay persona civil”⁸.

³ STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017, considerando 68º.

⁴ STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017, considerando 69º.

⁵ STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017, considerando 70º.

⁶ CEA EGAÑA, José Luis (2015): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I* (Santiago, Ediciones Universidad Católica) pp. 206-208.

⁷ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”.

⁸ ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 555.

Por otra parte, la sentencia que se comenta se refiere al artículo 19, que dispone que la Constitución asegura a todas las personas los derechos que se indican en cada uno de sus 26 numerales. El tribunal objeta expresamente el planteamiento que sostiene que el uso de la expresión *asegura* y no *otorga* reafirma que la Constitución sólo reconoce los derechos inherentes a la naturaleza humana.

Así, se señala en la sentencia que “puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana. Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura (...) por lo demás, cuáles serían esos derechos, qué contenido tendrían, quiénes serían sus titulares, contra quién y de qué modo se ejercerían, cuáles son sus límites”⁹. Se añade que, en concordancia con lo anterior, diversas disposiciones constitucionales contienen una remisión a los derechos y garantías que la misma Carta Fundamental establece¹⁰.

Estas consideraciones se apartan de lo afirmado por el mismo Tribunal Constitucional en el sentido que “cuando la Carta Fundamental “asegura” determinados derechos a las personas, sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección (...) sólo puede asegurarse lo que existe previamente”¹¹.

De este modo, admitir la existencia de derechos inherentes a la persona humana, no obsta a que estos sean formalizados, regulados y limitados por el ordenamiento jurídico nacional o internacional. En consecuencia, es natural la existencia de preceptos constitucionales, como los transcritos por el tribunal, que se remitan a los derechos establecidos por la Constitución.

Finalmente, en la sentencia que se comenta se afirma que “la Constitución emplea la expresión “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5°). Sin embargo, el mismo texto agrega que tales derechos no son cualquiera, si no aquellos “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados

⁹ STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017, considerando 74º.

¹⁰ “A propósito de la definición de bien común, la Constitución establece que este debe procurarse con “pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura. Por lo demás, el artículo 19 N° 26 señala que los preceptos legales que regulen o complementen derechos o que los limiten, no son cualquiera, sino que son aquellos cuyas garantías “esta establece”. Además, recordemos que por la ley de reforma constitucional N° 19.295, se incorporó un nuevo derecho, en el artículo 19 N° 25: el de crear y difundir las artes. Qué sentido tendría dicha incorporación si hay derechos que emanan “de la naturaleza humana”. Lo mismo reitera el artículo 20 cuando regula el recurso de protección, que ampara los derechos y garantías “establecidos en el artículo 19” (STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017, considerando 74º).

¹¹ STC, Rol N°740, de 18 de abril de 2008, considerando 47º.

por Chile y que se encuentren vigentes”. Es decir, los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente de la naturaleza humana”¹².

En el presente razonamiento se transcriben fragmentos descontextualizados del precepto constitucional que se analiza. El inciso 2 del artículo 5º no sólo “emplea” la expresión derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sino que establece que son precisamente estos derechos los que limitan el ejercicio de la soberanía¹³.

El poder soberano del Estado, que también se expresa en la actividad legislativa, debe ejercerse con pleno respeto a estos derechos, cuya determinación no depende del mismo poder que se pretende limitar. De esta forma, constituyen un límite material a la soberanía estatal.

Por su parte, la referencia a los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, se insertan en el establecimiento de un deber específico del Estado de respeto y promoción de los derechos. El establecimiento de un deber positivo de promoción justifica delimitar el catálogo de derechos a aquellos formalmente consagrados a nivel interno e internacional, en aras de lograr mayores niveles de certeza respecto del objeto de esta obligación.

Este precepto fue incorporado en la reforma constitucional del año 1989¹⁴ con el objetivo reforzar la protección de los Derechos Humanos. Respecto a las consecuencias jurídicas de esta reforma, el profesor Cumplido señala que “el enunciado de los derechos esenciales de la persona humana asegurados por la Constitución de 1980, no es taxativo, es decir, no sólo son tales los regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana”¹⁵. Así, es posible afirmar que esta disposición no invalida ni altera el contenido de la norma referida a los límites a la soberanía.

¹² STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017, considerando 74º.

¹³ Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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.

¹⁴ Ley N°18.825, Reforma de la Constitución Política de la República, 17 de agosto de 1989.

¹⁵ CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO (2003): “La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius Et Praxis*, vol. 9, N°1, p.370.

3. Consecuencias en los límites al legislador

El cuestionamiento a la argumentación recientemente expuesta, no se limita a consideraciones relativas a la forma en que el Tribunal Constitucional interpreta los artículos 1º, 5º y 19 de la Constitución. En efecto, negar la noción de soberanía limitada por los derechos inherentes a la naturaleza humana tiene una serie de consecuencias en los límites a la actividad del legislador.

El juicio de mérito o conveniencia de las normas legales es de competencia exclusiva del legislador. Estas se generan a través de procesos deliberativos, debates y consensos en los que participan los representantes electos por la ciudadanía. El reconocimiento de sus atribuciones y la deferencia en su ejercicio, no implica que se trate de un poder absoluto exento de control. Como nos recuerda Cappelletti, “nuestro siglo, sin embargo, iba a brindarnos otra enseñanza: el que la idea de Rousseau sobre la infalibilidad de las leyes parlamentarias no era sino otra ilusión, por cuanto que también el poder legislativo puede cometer excesos”¹⁶.

En este sentido, la existencia formal de mecanismos democráticos no garantiza *per se* un régimen político de carácter democrático. El respeto a los derechos inherentes a la naturaleza humana constituye un límite al que están sujetas las mayorías, determinando la validez y legitimidad de su actuación.

No se trata de un asunto trivial o de mera nomenclatura, “lo jurídicamente relevante es que un determinado derecho “sea inherente a la persona humana”. Es por esta razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado”¹⁷.

Lo razonado en la sentencia que se comenta supone trasladar al ámbito convencional derechos que dependen de la dignidad intrínseca de la persona humana. El legislador no tendría otros límites que los que se ha impuesto el mismo Estado, sea a través de las disposiciones constitucionales que dicte, o mediante su voluntad en la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos. Desaparece el límite externo y material de la soberanía estatal.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro (1986): “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad del Justicia Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 17, p.19.

¹⁷ NIKKEN, Pedro (1994): “El concepto de Derechos Humanos”, en: CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAÍZA, Rafael (coords.), *Estudios básicos de Derechos Humanos I* (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) p. 26.

De lo anterior se deriva que el Tribunal Constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad de la ley, no podría invocar limitaciones distintas del derecho legislado que tengan como fundamento la dignidad de la persona frente al Estado.

Lo expresado queda de manifiesto en el voto disidente que estuvo por rechazar los requerimientos en lo concerniente a la impugnación en materia de objeción de conciencia. Este voto fue suscrito por dos de los Ministros que concurrieron al fallo de mayoría respecto de despenalización del aborto en tres causales, que contiene los razonamientos que se han expuesto en este comentario.

Los Ministros disidentes plantean que “la Constitución reconoce la reacción protectora de la conciencia, pero no se puede deducir de ella ninguna modalidad específica de objeción de conciencia. Por lo mismo, es absolutamente imprescindible la existencia de un marco regulatorio que sea definido por el legislador caso a caso”¹⁸. Así, se considera que el artículo 19 N°6 de la Constitución, que asegura a todas las personas la libertad de conciencia, sólo constituye un “título habilitante al legislador”¹⁹.

En la disidencia se señala en reiteradas ocasiones que la regulación de la objeción de conciencia depende enteramente de las definiciones del legislador²⁰ y que el Tribunal Constitucional sería incompetente para crear exenciones de cumplimiento de la ley²¹.

Como se observa, el voto disidente no reconoce límite material alguno al legislador que proteja a las personas ante decisiones legislativas que desconozcan su derecho a actuar conforme a sus convicciones y creencias más íntimas. Naturalmente que la ley es competente para regular el ejercicio de la objeción de conciencia, pero las condiciones y restricciones que se impongan no pueden afectar el contenido esencial de la libertad de conciencia.

El voto disidente parece considerar que la valoración de las circunstancias que justifica consagrar expresamente la objeción de conciencia es solo un asunto de mérito, desconociendo su profunda incidencia, precisamente, en un derecho esencial que deriva de la dignidad intrínseca de las personas.

¹⁸ Voto disidente de los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, considerando 44º. STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017.

¹⁹ Voto disidente de los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, considerando 60º. STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017.

²⁰ Voto disidente de los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, considerandos 17º, 46º, 61º, 96º. STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017.

²¹ Voto disidente de los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, considerandos 71º, 96º. STC, Rol N°3729, de 28 de agosto de 2017.