

## PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

**Raúl Bertelsen Repetto**  
**Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los  
Andes**

### **1.- El deber de protección en la Constitución.**

La Constitución contempla en diversas materias una obligación de proteger. De modo amplio, exige al Estado "dar protección a la población y a la familia" (art. 1º, inciso quinto); específicamente, en el art. 19 prescribe que "la ley protege la vida del que está por nacer" (Nº 1, inciso segundo), asegura "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos" (Nº 3, inciso primero) y "el derecho a la protección de la salud" (Nº 9, inciso primero), y al Ministerio Público le encomienda "la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos" (art. 83, inciso primero).

Proteger no es simplemente respetar, que es una actividad pasiva que no daña, sino exige algo más, y en ocasiones, mucho más. Obliga a amparar, a defender, sobre todo a los débiles, frente a quienes los atacan e incluso atentan contra su vida.

Esa protección, de la población y de la familia, del que está por nacer, de las partes en un proceso, de la salud de las personas, y de la víctima y de los testigos de un delito, que la Constitución impone al Estado, a la ley o a uno de sus organismos, obliga a actuar a favor de quien se encuentra indefenso, desfavorecido o en situación de peligro. Excluye, por consiguiente, la mera pasividad, esto es, la actitud de quien se contenta con respetar pero no hace nada por defender; por cierto, es inconciliable con la conducta negligente del obligado a proteger que no lo hace o actúa con descuido, del que agrede o ataca, y especialmente, del que quita la vida al vulnerable o indefenso que tiene bajo su protección.

¿Qué diríamos si el Ministerio Público, en lugar de proteger a las víctimas y testigos de un delito, como le exige la Constitución, las eliminara? Aparte del escándalo que semejante conducta suscitaría y de las responsabilidades penales exigibles a los funcionarios

culpables, estaríamos frente a un caso de “negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones”, que permitiría a la Corte Suprema remover al Fiscal Nacional y a los fiscales regionales que fueren responsables (art. 89, inciso primero).

Ha indignado, y con razón, las numerosas muertes de menores ocurridas en los recintos bajo la tuición del Servicio Nacional de Menores. En este caso, un órgano de la Administración del Estado ha incumplido, reiteradamente y de modo grave, el deber constitucional de protección de la población que corresponde al Estado y que en el caso de menores vulnerables es más fuerte. Y ello ha ocurrido, sin que los poderes públicos hayan adoptado con prontitud y eficacia las medidas correctivas necesarias para poner término a actuaciones, que bien directamente han privado de la vida a menores, o que, al menos, representan una negligencia grave del deber de cuidado.

El sentido del deber que la Constitución impone a la ley de proteger la vida del que está por nacer no es diverso en su significado a los otros deberes de protección que ella contempla en su texto y que exigen la adopción de medidas favorables al protegido, excluyendo, por consiguiente, su eliminación por parte de quien tiene el deber de proteger.

El origen de la norma, como es sabido, se encuentra en el art. 75 del Código Civil, que después de establecer que “la ley protege la vida del que está por nacer”, añade -explicitando su contenido- que “el juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”.

El art. 75 del Código Civil es, por cierto, una disposición que excluye el aborto. Así lo entendió, en su momento, uno de sus intérpretes más prestigiosos, Luis Claro Solar, al decir que “La ley protege la vida del que está por nacer” (art. 75), es decir, el interés social exige que se garantice la existencia de toda criatura desde el momento de su concepción. Los delitos, así como todos los hechos indirectos que pudieran poner en peligro su existencia, son castigados o prevenidos cuidadosamente”.

(Claro Solar, Luis: "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". "De las Personas", tomo I (1898), pág. 222).

Constitucionalizada, ahora, la norma que impone a la ley la protección de la vida del que está por nacer, ella obliga al legislador a adoptar las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del *nasciturus* en su indefensión, lo que excluye el darle muerte, pues nadie puede razonablemente entender que proteger autoriza a matar al protegido.

**2.- El significado del art. 19 N° 1, inciso segundo, de la Constitución, al disponer que "la ley protege la vida del que está por nacer".**

A pesar que el sentido de la disposición, legal en el art. 75 del Código Civil, y constitucional en el art. 19 N° 1 de la Carta Fundamental, es claro y no debiera suscitar duda alguna en su significado natural de defensa de quien se encuentra en una situación de debilidad o peligro, lo que excluye naturalmente su eliminación, se ha argumentado últimamente que, atendida la discusión que hubo sobre el particular en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, ella permitiría que la legislación introdujera el aborto en Chile.

Sobre el particular no puede negarse que, efectivamente, al debatirse en dicha Comisión la norma sobre derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y a la protección de la vida del que está por nacer, hubo intervenciones de algunos de sus integrantes -Enrique Ortúzar Escobar y Jorge Ovalle Quiroz- que se manifestaron favorables a ciertos casos de aborto. Pero estas opiniones sólo manifiestan el punto de vista personal de quienes las formularon y no de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, cuya posición, en cambio, se contiene en el Memorándum con Proposiciones e Ideas Precisas de 16 de agosto de 1978.

En este documento, la Comisión, después de indicar las razones por las cuales proponía dar reconocimiento constitucional al derecho a la vida, en la materia que en este momento nos interesa señaló:

"La consideración del derecho a la vida llevó a la Comisión la necesidad de abocarse a dos problemas de suyo delicados y

trascendentes, como son la vida del que está por nacer y lo relativo a la pena de muerte.

Con respecto al primer punto, la Comisión estimó que la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer, porque, si bien la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, no es menos cierto que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real, que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así un principio que, por lo demás, contempla nuestro Código Civil desde su dictación.

La Comisión estimó, sin embargo, conveniente dejar entregada al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer”.

(Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, “Proposiciones e Ideas Precisas”, N° 50, en “Revista Chilena de Derecho”, Volumen 8 Nos 1-6 (1981), págs. 186-187).

Para comprender el alcance del texto aprobado por la Comisión de Estudio, debe recordarse –lo que no se ha hecho en la discusión de las últimas semanas–, que en la proposición que el Presidente de la Comisión, Enrique Ortúzar Escobar, envió a cada uno de los integrantes de la Comisión, para su estudio y discusión, se daba el siguiente significado a la frase “la ley protegerá la vida del ser que está por nacer”:

“La Comisión estimó, sin embargo, conveniente dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer, ya que esta materia está relacionada con el delicado y polémico tema del aborto.

De este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes materias, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen”.

(Proyecto de Informe enviado por el Presidente de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República a sus integrantes, con fecha 2 de agosto de 1978, págs.. 80-81).

Esta propuesta, como aparece en el Acta de la sesión N° 407, de 9 de agosto de 1978, de la Comisión de Estudio, no fue aceptada, suprimiéndose los párrafos en que se admitía la posibilidad de que la ley contemplara casos en que el aborto no sería considerado delito.

Aparece, entonces, que la Comisión de Estudio de la Constitución, lejos de admitir la introducción del aborto como se afirma, excluyó en su informe final la posibilidad que la ley lo despenalizara. Y al contrario, como aparece en el texto con "Proposiciones e Ideas Precisas" que he citado anteriormente, "estimó que la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer".

**3.- La vulneración de la obligación constitucional impuesta al legislador de proteger la vida del que está por nacer en el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos que contempla".**

El proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", no representa una mera despenalización del delito de aborto en los tres casos que contempla. Si así fuera, dejaría únicamente de considerar como conducta punible esos tres supuestos de aborto. El proyecto, sin embargo, va más allá y contiene toda una regulación legal para la práctica de las acciones abortivas, las que son calificadas en su articulado de "prestaciones" o "atenciones médicas", o bien como dice el Mensaje de la Presidenta de la República con que se inició su tramitación en el Congreso Nacional, "legítima prestación de salud".

Se introduce de esta forma en el Código Sanitario un conjunto de disposiciones que regulan prestaciones exigibles, por lo cual, en los supuestos que contempla cabe decir que introduce en la legislación chilena el derecho a abortar. Esta normativa legal resulta, entonces, abiertamente inconstitucional, pues lejos de cumplir con el mandato que la Constitución le impone a la ley de proteger la vida del que está por nacer, faculta y facilita su eliminación.

Para apreciar la gravedad de la infracción a la Constitución en que incurre el proyecto de ley, debe notarse que no estamos ante una legislación que se limita a incurrir en una omisión inconstitucional, esto es, que no amparara o defendiera en forma completa y efectiva la vida del *nasciturus*, como está obligado a hacerlo. Poner a disposición de quienes quieren abortar las instituciones y el personal sanitario, equivale a introducir en la legislación, que también tiene el deber de dar protección a la salud de las personas (art. 19 N° 9), la posibilidad de dar muerte –en ciertos supuestos– a los pacientes en los establecimientos de salud que los atiendan.

Contrasta, asimismo, el proyecto de ley cuya inconstitucionalidad se ha solicitado, con la legislación protectora de la mujer embarazada y de la criatura que está por nacer, que progresivamente se ha ido aprobando en Chile.

Ya el Código Civil, en su art.75, facultó al juez para adoptar, de oficio o a petición de parte, "todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo pelagra". Asimismo el art. 16 del Código Sanitario que, por cierto, el proyecto de ley impugnado no modifica, señala que "Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan". A las citadas, podrían añadirse fácilmente otras disposiciones, de índole penal, civil, de familia y laboral, como ejemplos de protección a la maternidad y a la vida del que está por nacer.

Esta tradición legislativa es la que, brutalmente se interrumpe en el proyecto de ley que legaliza el aborto en ciertos supuestos. Pero, este cambio de orientación no es algo que la Constitución permite, sino que excluye, pues dar muerte a los niños que están por nacer es inconciliable con su protección. Proteger no es matar.