

Comentarios de Corporación Humanas frente a proyecto de ley que establece Día del que está por nacer y la adopción, segundo trámite constitucional, Comisión de Familia, Cámara de Diputados (Boletín Legislativo N° 7254-07)

Agradecimientos a Comisión de Familia por la invitación.

La denominación original del proyecto de ley presentado por el Senador Jaime Orpis en octubre de 2010 *“Día de la adopción y del que está por nacer”* (Boletín Legislativo N° 7254-07) ofrece la impresión de tratarse de una iniciativa orientada a instituir una fecha en que se conmemore la adopción. Sin duda el establecimiento de un *Día Nacional de la Adopción* favorecería que con ocasión de esa fecha, se releve por parte de autoridades y entidades de sociedad civil, incluyendo establecimientos educacionales, la importancia de la adopción como forma de constituir familias. Ello, enmarcado en las obligaciones que asisten al Estado de Chile en materia de protección a las familias¹, así como en la Convención sobre Derechos del Niño.

La conmemoración de la adopción resulta pertinente y encomiable, especialmente atendiendo a la gran cantidad de niños y niñas que en el país carecen de una familia que los cuide y acoja, y la necesidad de favorecer que mediante la adopción, estos niños y niñas sean recibidos por personas que deciden asumir su cuidado. Lamentablemente la realidad indica que alrededor de 5000 niños/as se encuentran en situación de adoptabilidad en el país y que unas 500 adopciones tienen lugar cada año, constituyéndose nuevas familias, pero sin llegar a resolverse la situación de muchísimos niños y niñas.

Sin embargo, la iniciativa de conmemorar el 25 de Marzo, mas que orientarse a la promoción de la adopción y la protección de las familias, busca -en palabras del autor de la moción- proteger la vida desde la concepción y *“tratar de revertir las legislaciones que consagran el aborto”*.

Corporación Humanas no comparte en absoluto el objetivo ni los fundamentos de la propuesta que la Comisión de Familia se encuentra analizando y considera que esta debe ser rechazada en su totalidad.

¹ *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”*. Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Artículo 23.1; Convención americana de derechos humanos, Artículo 17.1.

Se trata de una iniciativa que no tiene sustento en las normas constitucionales que invoca en la fundamentación, como tampoco en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En conformidad a la Constitución Política de la República de Chile y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son sujetos de derechos y titulares de derechos humanos y garantías constitucionales, las personas, es decir, individuos de la especie humana nacidos.

La Constitución Política y numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos consagran un amplio espectro de derechos y libertades que los Estados se encuentran obligados a respetar, garantizar, proteger y promover. Como es sabido, se trata de atributos inherentes a la persona humana que corresponden a todas las personas por el sólo hecho de ser tales y que se sustentan en los principios de la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, la libertad y la justicia.

No obstante, la titularidad de los derechos humanos y garantías constitucionales corresponde a las personas, es decir, individuos de la especie humana nacidos.

En ello, la Carta Fundamental es muy clara. Comienza la Constitución Política consagrando que *“Las personas **nacen** libres e iguales en dignidad y derechos”* (CPR, Art. 1º inc. 1º). Esta disposición que confiere al nacimiento el inicio de la protección constitucional es plenamente coherente con la definición del Código Civil acerca del principio de la existencia de las personas: *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”* (CC, Art. 74 inc. 1).

Además, en materia de garantías constitucionales es clarísimo que éstas corresponden a las personas al preceptuarse que *“La Constitución asegura a todas las **personas** (...)”* los derechos que el Artículo 19 desarrolla.

Dado que la protección constitucional a los derechos humanos corresponde a las personas, es que la Constitución reconoce *“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”* (CPR, Art. 19 N° 1 inc. 1) en una norma, y en otra norma distinta se exprese la protección de carácter legal que el ordenamiento jurídico confiere al *“que está por nacer”*.

Precisamente porque las garantías constitucionales corresponden a las personas y la existencia legal principia al nacer es que el ordenamiento jurídico ofrece en normas de rango legal una cierta protección patrimonial diferida a las criaturas no nacidas, condicionada, en todo caso, a que el nacimiento tenga lugar.

La disposición constitucional que señala que *“La ley protege la vida del que está por nacer”* (CPR, Art. 19 N° 1 inc. 2), que como es sabido es la reiteración de una norma contenida en el Código Civil (CC, Art. 75 inc. 1), desde ningún punto de vista permite considerar que la Constitución esté equiparando al *“que está por nacer”* con la persona, sujeta de derechos humanos y titular de protección constitucional.

Además, los antecedentes existentes respecto del establecimiento de dicha norma, contenidos en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), son muy esclarecedores en cuanto a que la Constitución en modo alguno confiere al ser en gestación el estatuto jurídico de persona, titular de los derechos que la Constitución asegura.

La norma simplemente reitera el mandato de protección conferido al legislador contenido en el Artículo 75 del Código Civil. Ello por cuanto -según debatieron los redactores de la Carta Política- acerca del inicio de la vida humana existen diversas concepciones en la sociedad y no cabe a la Constitución imponer una de ellas. En una intervención del Presidente de dicha Comisión, Sr. Enrique Ortúzar, se lee:

(...) en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar una cierta elasticidad para que el legislador, en determinados caso, como por ejemplo, el aborto terapéutico, no se considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución lógica será ésta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, la cual va a regir la Constitución Política.

(Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República, sesión 90, 25 de noviembre de 1974, página 16)

La moción en debate hace parte de un conjunto de iniciativas que buscan relevar una cierta protección a las criaturas no nacidas que no tiene sustento en el ordenamiento jurídico nacional –según se ha señalado–, como tampoco en el ámbito internacional.

De acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos **“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”** (Art. 4.1).

Resulta pertinente analizar los antecedentes que llevaron a la formulación de dicha norma para comprender su sentido y alcance, dado que éste difiere de lo que han sostenido a lo largo del debate legislativo quienes apoyan la moción.

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en 1959, se definió promover la preparación de una Convención de Derechos Humanos, encomendándose al Consejo Interamericano de Jurisconsultos preparara un proyecto de tal instrumento. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos y en cuanto al derecho a la vida, propuso como Artículo 2: **“Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”**.

En 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria encomendó al Consejo de la OEA la actualización del “Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos” anteriormente elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, tomando en cuenta proyectos presentados por algunos Estados, sus opiniones y el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En atención a las diversas legislaciones existentes en los Estados americanos respecto del aborto, que permiten su realización en distintas hipótesis en conformidad a tratarse de un ámbito de legislación nacional propio del dominio reservado de cada Estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el Artículo 2 e introdujo las palabras “*en general*” antes de la expresión “*a partir del momento de la concepción*”.

Posteriormente, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada entre el 7 al 22 de noviembre de 1969 –como es sabido–, aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos. En el debate varios Estados propusieron enmiendas al texto propuesto por la Comisión Interamericana, sin embargo, se aprobó por mayoría en la forma prevista en el texto preliminar presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; sin que prosperaran las propuestas para eliminar la expresión “*y, en general, a partir del momento de la concepción*”, como tampoco la de las delegaciones que solicitaban suprimir las palabras “*en general*”. El texto aprobado, que contó con el expreso apoyo de la delegación chilena, es el que se mantiene vigente en la actualidad².

Además de ser claros los antecedentes de los trabajos preparatorios de la Convención Americana en cuanto al sentido y alcance de la disposición sobre derecho a la vida, posteriormente la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos***, resuelto en 1981, se rechazó la solicitud de los peticionarios que cuestionaban dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos por legalizar el aborto sin restricción de causa antes de la viabilidad fetal.

La Comisión señaló que la protección del derecho a la vida no es absoluta y que “(...) *Las implicaciones jurídicas de la cláusula ‘en general, desde el momento de la concepción’ son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta ‘desde el momento de la concepción’, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios*”³.

² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 159 y 160.

³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), Párrafo 30.

Recientemente, en noviembre de 2012, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** se ha pronunciado en esta materia. En el caso **Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica** -también denominado "*Fecundación in vitro*"- la Corte IDH ha interpretado el sentido y alcance de la protección del derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción" (CADH, Art. 4.1)

La Corte IDH ha señalado clara y categóricamente que a las criaturas no nacidas no corresponde atribuir la calidad de titulares de los derechos humanos que a las personas se reconoce⁴. La Corte "*confirma (...) que **no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión***"⁵ y que "**el embrión no puede ser entendido como persona** para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana"⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no elude pronunciarse respecto a la eventual protección jurídica de los no nacidos –argumento base del Estado costarricense en el caso comentado–, para lo cual analiza, además del sentido y alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos, un amplio conjunto de tratados internacionales, tanto en lo referido a su texto expreso, los antecedentes históricos, como su interpretación sistemática y evolutiva en conformidad a su objeto y fin.

Respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte IDH concluye que "*(...) Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas*"⁷ y que "*(...) Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión*"⁸.

Tras analizar la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Corte IDH manifiesta que "*Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la 'CEDAW' por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación*"⁹.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro" Vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Párrafo 222.

⁵ *Ibíd*em, Párrafo 223.

⁶ "La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana (...)". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro" Vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Párrafo 264 (destacado añadido).

⁷ *Ibíd*em, Párrafo 225 (destacado añadido).

⁸ *Ibíd*em, Párrafo 226 (destacado añadido).

⁹ *Ibíd*em, Párrafo 227 (destacado añadido).

En cuanto a la Convención sobre Derechos del Niño, la Corte observa que “Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar ‘protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento’. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida (...)”¹⁰, constatando que “El Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal”¹¹.

Asimismo, la Corte tomó en cuenta el estado de situación del debate sobre derecho a la vida en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, observando que “La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el ‘TEDH’) se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro”¹².

Y respecto del Sistema Africano de Derechos Humanos, la Corte IDEh recordó que “(...) El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para ‘proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”¹³.

A partir de ello, la Corte concluye que “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida”¹⁴.

Reconociendo el interés legítimo que pueden tener los Estados en proteger la vida prenatal, la Corte IDH manifiesta que “se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que **todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre**”¹⁵.

¹⁰ Ibídem, Párrafo 231.

¹¹ Ibídem, Párrafo 233.

¹² Ibídem, Párrafo 235 (destacado añadido).

¹³ Ibídem, Párrafo 243.

¹⁴ Ibídem, Párrafo 253.

¹⁵ Ibídem, Párrafo 260 (destacado añadido).

Por último, con respecto a la protección de la maternidad, cabe considerar que la Corte manifestó:

222. (...) Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

Según los antecedentes expuestos, resulta claro que las criaturas no nacidas no son sujetas de derechos ni titulares de derechos humanos y garantías constitucionales, puesto que no son personas. Por ello no corresponde incorporar normas de rango legal orientadas a conferirle un cierto estatuto jurídico.

Por lo demás, revestir la iniciativa de un carácter de protección a la maternidad resulta confuso y cuestionable. La protección a la maternidad requiere de un amplio conjunto de normas jurídicas, políticas públicas, programas y servicios tanto en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, el trabajo, la educación, la participación política, la vivienda, entre otras; tanto durante el embarazo como durante el período de crianza y educación de hijos e hijas por parte de las madres y los padres. En nada se relaciona la genuina protección a la maternidad que corresponde a los Estados implementar en cumplimiento a sus obligaciones internacionales, con el relevamiento de un cierto estatuto jurídico a las criaturas no nacidas.

Además, la promoción de la adopción y la protección a las familias constituidas en base a la adopción, tampoco pareciera vincularse con el conferir dicho estatuto jurídico y considerar que la única respuesta estatal frente a un embarazo no deseado es la obligación de llevar a término el embarazo para luego dar en adopción al hijo o hija.

Camila Maturana Kesten
Programa de Seguimiento Legislativo
Corporación Humanas

Comisión de Familia
Cámara de Diputados
Marzo de 2013