

SANTIAGO, 7 de junio de 2022.

OFICIO

REF.: solicita tener presente el oficio e incluirlo en la historia fidedigna de la norma.

DE : CONVENCIONALES CONSTITUYENTES QUE SUSCRIBEN

**A : DANIEL BRAVO SILVA
COORDINADOR DE LA COMISIÓN DE
ARMONIZACIÓN**

**TAMMY PUSTILNICK ARDITI
COORDINADORA DE LA COMISIÓN DE
ARMONIZACIÓN**

**RODRIGO PINEDA
ABOGADO SECRETARIO**

Estimados coordinadores:

Por su intermedio, los Convencionales Constituyentes que suscriben remitimos el presente oficio, para hacer presente la incompatibilidad denunciada y que se incluya en el registro de la historia fidedigna de la norma.

I. El insumo de la Secretaría Técnica

1. El 31 de mayo, en la sesión N°12 de la Comisión de Armonización de la Convención Constitucional, la Secretaría Técnica entregó un insumo para el trabajo de dicha comisión¹, elaborado por ocho funcionarios².
2. Este trabajo tiene su origen en el mandato de la Mesa Directiva, contenido en el acuerdo del 18 de abril, para colaborar en la armonización del borrador constitucional. Para cada inciso se realizaron una serie de observaciones.

¹ Disponible en: https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2916&prmTipo=DOCUMENTO_COMISIO
[N.](#)

² Rodrigo Bermúdez Soto (coordinador) y Daniela González Balaguer. Colaboradores: Virginie Loiseau María Soledad Mortera de Iruarizaga Guillermo Fernández Lores Boris Lopich Catalán Anuar Quesille Vera Pablo Rubio Apiolaza.

3. Primero, si el inciso es compatible con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Para este análisis la Secretaría consideró los siguientes:
 - (i) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
 - (ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 - (iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 - (iv) Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
 - (v) Convención sobre los Derechos del Niño.
 - (vi) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
 - (vii) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - (viii) Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
 - (ix) Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 - (x) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
 - (xi) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
 - (xii) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
 - (xiii) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
 - (xiv) Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.
4. Segundo, se revisa la técnica legislativa usada en cada norma, que supone un análisis de terminología jurídica, orden sistémico de la materia, remisión de una norma a otra, concentración lógica y economía jurídica.
5. Tercero, se realizan observaciones de “*congruencia o coherencia de la norma en sí misma o en relación con otras disposiciones del borrador de texto Constitucional.*”, para identificar “*posibles antinomias, omisiones que dan lugar a incongruencias, incompatibilidades en competencias inter o intra institucionales... o entre la parte dogmática y la parte orgánica.*”.
6. Cuarto, se realizan observaciones de estilo (lenguaje, uso de nomenclatura, etc).
7. Por último, en algunos casos la Secretaría ofreció una alternativa de solución.
8. Es necesario advertir una cuestión previa. La calificación de compatibilidad entre una propuesta de norma constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos consiste en un ejercicio de interpretación que puede exceder las facultades de la Convención, pues realizar dicha calificación impide que exista seguridad de que el análisis sea objetivo, ya que la Convención actúa como juez y parte en la interpretación de las propias normas que ha aprobado. Por tanto, este insumo no puede considerarse como una interpretación exclusiva y única, y lo idóneo es que fuesen personas o instituciones distintas a la Convención las que realizaran dicho análisis.

II. El artículo sobre “derechos sexuales y reproductivos” aprobado por la Convención

9. No compartimos las observaciones hechas a una serie de artículos, pues estimamos que ciertos artículos del borrador constitucional contradicen e incumplen algunos tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes. En este sentido, esta Comisión debe recordar que la Constitución establece claramente en el inciso final del artículo 135 una serie de límites al borrador de Constitución: “*El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar ... los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”
10. En este sentido, en la página 288 del informe, se analiza el “ARTÍCULO 253 – ART. 16, sobre derechos sexuales y reproductivos, (Primer informe) (COM 4)”. Dicho artículo señala lo siguiente:

Todas las personas son titulares de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.

El Estado garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural, así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar, las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones.

El Estado reconoce y garantiza el derecho de las personas a beneficiarse del progreso científico para ejercer de manera libre, autónoma y no discriminatoria sus derechos sexuales y reproductivos. La ley regulará el ejercicio de estos derechos.

11. De la lectura de sus incisos primero y segundo se pueden extraer las siguientes conclusiones:
- (i) El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos incluye el “...*derecho a decidir de forma libre... sobre el propio cuerpo... la reproducción...*” (inciso primero). En el inciso segundo, se detalla que el Estado asegura “...*las condiciones para... una interrupción voluntaria del embarazo... voluntari[a] y protegid[a]*”.
 - (ii) También se establece como deber del Estado garantizar que el ejercicio de estos derechos sea “...*libre de violencias y de interferencias...*” (inciso segundo). En este sentido, quedará al arbitrio de quienes interpretan y aplican la Constitución el determinar si la existencia de límites para abortar se considera una violencia o interferencia, pues la norma no los define ni explica su diferencia.
 - (iii) El artículo no contiene ninguna referencia explícita o expresa en cuanto a los límites de este derecho o de su ejercicio. En materia de aborto, siempre se establecen límites a través de plazos, causales, autorizaciones, etc. La oración final del inciso tercero “*La ley regulará el ejercicio de estos derechos.*” no satisface este

requisito por cuanto la aprobación de dicha ley y que esta contenga límites son eventos futuros inciertos.

- (iv) Por tanto, de (ii) y (iii) se desprende que la norma consagra un derecho al aborto que no contiene límites en su articulado.

12. En distintas constituciones y legislaciones a nivel comparado se le otorga una protección jurídica que varía según el caso. Sin embargo, la historia de la norma del derecho a la vida revela explícitamente que la Convención decidió excluir tipo de reconocimiento y protección al no nacido. En efecto:

- (i) La Comisión de Derechos Fundamentales rechazó las 4 iniciativas constituyentes que consagraban el derecho a la vida del no nacido³.
- (ii) La misma comisión rechazó las indicaciones 473, 475 y 476 que buscaban incluir el derecho a la vida del no nacido dentro del artículo sobre el derecho a la vida⁴.
- (iii) El 10 de marzo, el Pleno, al votar el primer informe de la Comisión de Derechos Fundamentales sobre los Bloques 1 y 2, rechazó las indicaciones 24, 26 y 27 que renovaban las indicaciones 473, 475 y 476.⁵
- (iv) El artículo que se incluyó en el borrador de Constitución fue el siguiente:

Artículo 23.- Derecho a la vida. Toda persona tiene derecho a la vida. Ninguna persona podrá ser condenada a muerte ni ejecutada.

13. Revisando la historia del artículo sobre derechos sexuales y reproductivos, la Comisión de Derechos Fundamentales aprobó en general 4 de las 7 iniciativas constituyentes sobre esta materia, y en la votación en particular se suprimieron 3 de estas iniciativas y la última fue sustituida íntegramente por una indicación. El Pleno aprobó sólo dos de los tres incisos, por lo que el último volvió a la Comisión para una segunda propuesta. En dicha oportunidad, la Comisión rechazó las indicaciones 109 y 115, que buscaban proteger al no nacido⁶ y lo mismo ocurrió en el Pleno, respecto a la indicación 50 que renovaba la indicación 115⁷.

³ Iniciativa Indígena Constituyente N° 47: 9 votos a favor, 23 en contra y ninguna abstención.

Iniciativa Popular Constituyente N° 10: 8 votos a favor, 24 en contra y ninguna abstención.

Iniciativa Convencional Constituyente N° 5: 7 votos a favor, 21 en contra y 1 abstención.

Iniciativa Convencional Constituyente N° 162: 7 votos a favor, 23 en contra y 1 abstención.

⁴ Indicación 473: 7 votos a favor, 22 en contra y 1 abstención.

Indicación 475: 7 votos a favor, 26 en contra y ninguna abstención.

Indicación 475: 7 votos a favor, 26 en contra y ninguna abstención.

⁵ Indicación 24: 34 votos a favor, 7 en contra y 109 abstenciones.

Indicación 26: 35 votos a favor, 8 en contra y 107 abstenciones.

Indicación 27: 38 votos a favor, 7 en contra y 106 abstenciones.

⁶ Indicación 109: 3 votos a favor, 24 en contra y 6 abstenciones.

Indicación 115: 8 votos a favor, 21 en contra y 3 abstenciones.

⁷ Indicación 50: 35 a favor, 103 en contra y 5 abstenciones.

14. Esta desprotección se confirma con el artículo aprobado sobre derecho al cuidado, que señala:

*Derecho al cuidado. **Todas las personas tienen derecho a cuidar, a ser cuidadas y a cuidarse desde el nacimiento hasta la muerte.** El Estado se obliga a proveer los medios para garantizar que este cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad.* (el destacado es nuestro)

El Estado garantizará este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados y otras normativas y políticas públicas que incorporen el enfoque de derechos humanos, de género y la promoción de la autonomía personal. El Sistema tendrá un carácter estatal, paritario, solidario, universal, con pertinencia cultural y perspectiva de género e interseccionalidad. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente.

El sistema prestará especial atención a lactantes, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados. (el destacado es nuestro)

Como es evidente, de acuerdo con el inciso primero, el titular y el beneficiario de este derecho puede ser sólo quien haya nacido, pues el plazo en que se tiene derecho a ser cuidado sólo es exigible desde el nacimiento, y no desde una etapa anterior, por lo que hasta se podría llegar a afirmar el absurdo que las madres no tienen derecho a cuidar a sus hijos no nacidos.

El inciso final señala titulares que recibirán especial atención por parte del Sistema Nacional de Cuidados, comenzando por los lactantes, es decir, los recién nacidos. Por supuesto, no incluye a los no nacidos. Es pertinente recordar el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala: "... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

III. El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos

15. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (o CADH) es una de las bases del sistema de promoción y protección de los derechos humanos, suscrita en 1969 y ratificada por Chile en 1990.

16. Señala el artículo 4.1 de la CADH:

"Artículo 4. Derecho a la Vida

1. *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."* (El destacado y subrayado es nuestro)

17. Como cuestión previa, es necesario recordar que la forma de interpretar los tratados se sujeta a las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT),

estableciendo criterios y un orden de preferencia entre ellos. En todo caso, y como señala el artículo 31.1 de la CVDT, los tratados deben interpretarse “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

18. El artículo está compuesto por tres oraciones, y conviene citar la interpretación textual que hace el Profesor Álvaro Paúl Díaz⁸: la primera oración es declarativa en cuanto reconoce el derecho a la vida y la segunda establece una obligación de protección que debe ser “por la ley” y “a partir del momento de la concepción”. Es decir, “la primera oración del artículo 4.1 se refiere al derecho de toda *persona* a que se respete su vida, y la segunda a la obligación de proteger *este derecho*, en general, a partir del momento de la concepción”.
19. Por tanto, el punto central del artículo 4.1 de la CADH es la frase “en general”. Siguiendo el trabajo de Paúl⁹, es necesario partir de dos premisas: (i) la desprotección de la vida sólo procede en circunstancias excepcionales, por lo que la regla general debe ser la protección y (ii) toda interpretación que se haga al artículo 4.1 debe excluir lecturas que vuelvan inútil la frase “en general, a partir del momento de la concepción”. Es decir, una interpretación que no considera la frase “en general” deja en desprotección absoluta la vida del no nacido, pues la CADH busca que la protección a la vida del no nacido sea la regla general.
20. Las tres interpretaciones que cita Paúl se resumen de la siguiente manera:
 - (i) Rita Joseph considera que la expresión “en general” implica que el derecho a la vida se comprende “a grandes rasgos, desde el momento más temprano de existencia o, hablando en forma más práctica, desde el primer conocimiento que se tenga de la existencia del niño por parte de la madre, el doctor y/o el Estado”.
 - (ii) La segunda interpretación es la que considera que la frase en cuestión permite “sólo las excepciones aceptadas en legislaciones que prohíben el aborto directo”, es decir, las relacionadas con la aplicación del principio del doble efecto: “permiten los abortos indirectos, aquellos que son el efecto previsto de intervenciones médicas destinadas a curar a la madre, no a dañar al nasciturus”.
 - (iii) La tercera es la que considera que la CADH es “compatible con legislaciones que permitan el aborto en forma excepcional, como sucede con embarazos que constituyen un peligro real para la vida de la madre, o que son el resultado de una violación”.
21. Cualquiera sea la interpretación que se ocupe, o incluso una no contemplada por el profesor Paúl y que amplíe la excepción de permitir el aborto en base a límites y causales cada vez más amplios, la regla general continúa siendo la protección al no nacido. Aún

⁸ Paúl, Álvaro (2012), “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, Revista Ius et Praxis, Año 18, N°1, pp. 61 – 112.

⁹ Paúl, Álvaro (2012), “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, Revista Ius et Praxis, Año 18, N°1, pp. 61 – 112.

en el caso de Artavia Murillo, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la expresión “en general” significa “en forma gradual e incremental” (párrafo 264), sigue existiendo un mandato de proteger la vida del que esta por nacer.

IV. La contradicción entre el artículo sobre derechos sexuales y reproductivos y el artículo 4.1 de la CADH es absoluta.

22. Así, hay una propuesta de norma constitucional que consagra el aborto como un derecho y que no establece ningún tipo de límite. Es decir, el artículo sobre DSR establece no como regla general, sino como regla absoluta la desprotección al no nacido. A lo anterior se agrega que la Convención de forma consistente rechazó incluir el derecho a la vida del no nacido en el artículo sobre el derecho a la vida. Por otro lado, el tenor e interpretación, aún la más laxa, del artículo 4.1 de la CADH establecen como regla general el reconocimiento al derecho a la vida del no nacido. La contradicción es patente, pues no hay forma en que los supuestos que configuran la regla general del art. 4.1 de la CADH reciban un grado de reconocimiento y protección similar a la establecida en el artículo sobre DSR de la propuesta constitucional, por cuanto los casos que configuran la excepción del primero son la regla absoluta -no general- del segundo.

Por tanto

23. Teniendo en consideración los argumentos señalados, solicitamos a esta Comisión tenga presente el oficio sobre la incompatibilidad absoluta que existe entre la norma sobre los derechos sexuales y reproductivos incluida en el borrador de Constitución y el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que se incluya en el registro de la historia fidedigna de la norma.

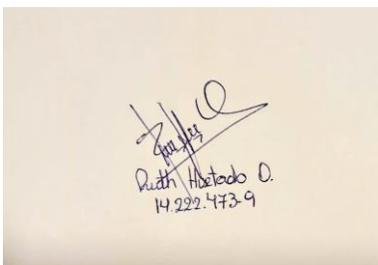
Atentamente,



Helmuth Martínez Llancapán

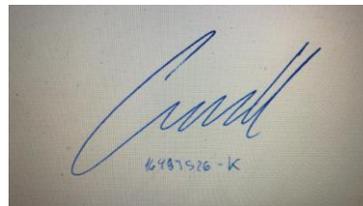


Miguel Ángel Botto



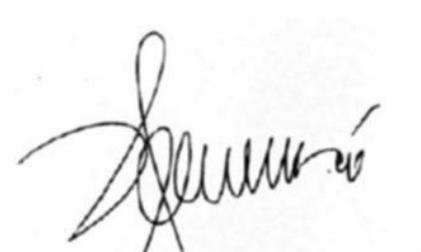
Ruth Hurtado O.
14.222.473-9

Ruth Hurtado Olave

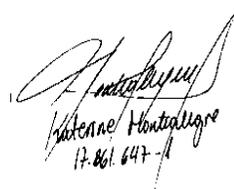


6487526-K

Ruggero Cozzi Elzo

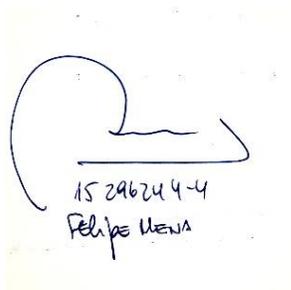


Luciano Silva Mora



Katerine Montealegre
17.861.647-1

Katerine Montealegre Navarro



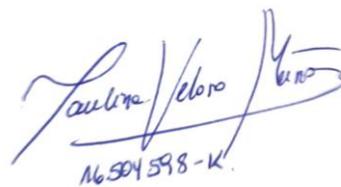
15 296244-4
Felipe MENA

Felipe Mena Villar



Rodrigo Logan
Firmado digitalmente por
Rodrigo Logan
Fecha: 2022.06.08
15:58:30 -04'00'

Rodrigo Logan Soto



Paulina Veloso Muñoz
16.504.598-K

Paulina Veloso Muñoz