



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

# **ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL ABORTO EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**ADRIANO VAN DE VEN LEAL**

PROFESOR GUÍA: JAVIER CONTESSE SINGH

Santiago de Chile, 2018

## Índice

Introducción .....	5
Capítulo primero .....	7
1. Síntesis de la problemática moral sobre el aborto .....	7
2.2. La doctrina del doble efecto.....	8
2.3. El problema ontológico .....	11
2. Historia de la regulación legal del aborto en Chile .....	18
2.4. Bien jurídico protegido.....	18
2.5. El Código Penal de 1875 .....	19
2.6. El Código Sanitario de 1931.....	20
2.7. La reforma de 1989 .....	21
2.8. La reforma de 2017 .....	23
3. Regulación del aborto en el derecho comparado .....	26
2.9. El modelo de plazos basado en la autodeterminación .....	26
2.10. El modelo de indicaciones sobre la base de enjuiciamiento de un tercero .....	28
2.11. El modelo del discurso orientado a la situación de necesidad.....	29
Capítulo segundo: el aborto desde una perspectiva doctrinal .....	31
4. El problema constitucional.....	32
2.12. Postura que niega la existencia de un derecho a la vida del <i>nasciturus</i> en sentido estricto. ....	32
2.13. Postura que afirma la existencia de un derecho a la vida del <i>nasciturus</i> en sentido estricto. ....	36
5. Derecho constitucional comparado .....	38
2.14. La posición de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica. ....	38
2.15. La posición del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana. ....	40
6. La discusión penal .....	41
2.16. Postura que admite la existencia de causales de justificación.....	42
2.17. Postura que niega la existencia de causales de justificación .....	45
7. Conclusiones de la discusión .....	47
2.18. Nivel ontológico.....	47
2.19. Nivel constitucional .....	48
2.20. Nivel penal .....	50
Capítulo tercero: revisión de la legislación vigente. ....	53

8.	Colisión de derechos .....	53
9.	Indicación terapéutica.....	54
10.	Indicación embriopática .....	55
11.	Indicación criminológica o ético-jurídica .....	56
12.	(La no existente) Indicación socioeconómica .....	58
13.	El sistema de plazos con consejo forzoso .....	59
Conclusiones .....		60
14.	Bibliografía .....	62

## **Resumen**

El presente trabajo busca realizar una crítica legislativa a la actual regulación del aborto en nuestro país. Para esto se realiza un examen de la discusión ética, jurídico penal, y jurídico constitucional que se ha dado en Chile y en el derecho comparado acerca de la interrupción del embarazo, tomando además en cuenta los modelos que han seguido otros países a la hora de normar esta materia. Luego, se contrasta la reforma introducida por la ley 21.030 con la interpretación correcta de la Constitución Política, entregada por un autor en particular, para finalmente concluir que ésta nueva normativa solo es parcialmente satisfactoria, y que una nueva regulación se hace imperativa.

## Introducción

El problema relativo al aborto y su prohibición o permisión evidentemente genera tensión y posiciones contrapuestas dentro del debate democrático propio de una sociedad pluralista como la nuestra. Esta es una discusión que se ha llevado a cabo por siglos, recogiendo distintas concepciones filosóficas y posiciones políticas.

Además de ser un problema moral y jurídico, este tema tiene un gran impacto práctico. Según datos del Ministerio y la Superintendencia de Salud, en los últimos diez años se han producido más de 300.000 abortos en nuestro país,<sup>1</sup> lo que teniendo en cuenta las condiciones y los riesgos que sufren las mujeres a la hora de realizar estas acciones, evidencian la importancia de este tema a nivel nacional. Fue a raíz de esto que recientemente se ha reformado la regulación legal del aborto en Chile.

El 14 de Septiembre de 2017 se promulgó por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, la ley 21.030, que introdujo modificaciones al Código Sanitario y al Código Penal. En el primero, se establece un sistema de indicaciones, donde la mujer puede terminar con el embarazo bajo tres causales: peligro para su vida, inviabilidad fetal, y violación. De esta manera se elimina la antigua prohibición de realizar acciones cuya finalidad sea provocar un aborto.

En el Código Penal, en concordancia con lo anterior, se señala la penalidad que conlleva el realizar esta acción fuera de los casos en que la ley lo permita.

Ante esto, resulta plausible cuestionarse que tan adecuada es la nueva redacción del texto legal a la hora de ponderar correctamente los distintos intereses que están en juego.

Esta pregunta es relevante, sobre todo en el contexto actual. Los movimientos feministas desarrollándose en diversos países del mundo, instalan el debate sobre el rol que cumple la mujer dentro de la sociedad, cuestionándose diversas temáticas tanto de equidad económica, social y legal. Dentro de esta discusión, resalta con particular vigor la arista relativa a la interrogante de si las mujeres deben estar obligadas a soportar embarazos indeseados.

---

<sup>1</sup> RADIO BÍO BIO [en línea]<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/08/14/ley-de-aborto-gobierno-revela-mas-de-300-mil-interrupciones-en-ultimos-11-anos-en-chile.shtml> [consulta: 25 de abril de 2018].

En este contexto, se contraponen las posturas que abogan por una prohibición general de practicar abortos, defendiendo los derechos de los cuales gozarían los no nacidos, versus aquellos que otorgan primacía al interés de la mujer en autodeterminarse física y reproductivamente.

Esta disyuntiva fundamental, acerca de si debe primar el derecho a la vida del embrión o feto, o el derecho de la mujer a autodeterminarse reproductivamente, es el núcleo central del problema.

Lo que busca el presente trabajo es analizar críticamente las disposiciones legales relativas al aborto que hay en el ordenamiento jurídico chileno. Para esto será necesario en primer lugar hacer un análisis de la discusión a nivel nacional y comparado, tanto desde un punto de vista ético-filosófico como jurídico, sobre la temática del aborto. La revisión de esta discusión nos informará acerca de qué es lo que generalmente se entiende por tal, bajo qué supuestos es susceptible de ser tolerado o no, cuáles son los derechos constitucionales que están en juego en la realización de este tipo de conductas, cuál es la solución que han tomado otras legislaciones a la hora de regular la interrupción del embarazo, etc., de manera que podamos llegar a determinadas conclusiones sobre cuándo y por qué razones el aborto es permitido o prohibido.

Luego de haber realizado este ejercicio, analizaremos críticamente la redacción de los preceptos legales en cuestión, determinando si la legislación chilena se adecúa o no a las conclusiones a las que hayamos llegado anteriormente.

## Capítulo primero

El presente capítulo contendrá un análisis de ciertos problemas y posturas filosóficas que son aplicables y dicen relación con la temática del aborto, una revisión histórica sobre la regulación de este delito en nuestro ordenamiento legal, y finalmente un examen comparado sobre la reglamentación del mismo, en otros ordenamientos.

Lo primero es necesario para efectos de hacerse cargo de una de las aristas principales que ha tenido de la discusión. En efecto, parte importante del debate radica en determinar si el embrión o feto puede ser considerado una “persona”, en los mismos términos que los individuos nacidos.

Luego, la revisión de la discusión doctrinal que se ha llevado a cabo en nuestro país permitirá hacernos de una idea sobre la evolución que ha tenido a lo largo de la historia, de manera que podamos fijar el centro de gravedad de la misma, para así saber hasta qué grado podemos desplazarla en el sentido que consideramos correcto.

Finalmente, se expondrán ejemplos de los modelos regulatorios más generalizados a nivel mundial.

### 1. Síntesis de la problemática moral sobre el aborto

“Hegel ha distinguido entre la moralidad como moralidad subjetiva, y la moralidad como moralidad objetiva. Mientras la primera consiste en el cumplimiento del deber, por el acto de voluntad, la segunda es la obediencia a la ley moral en tanto que fijada por las normas, leyes y costumbres de la sociedad, la cual representa a la vez el espíritu objetivo.”<sup>2</sup>

Todo trabajo que pretenda ser comprensivo de un fenómeno en su totalidad, debe partir analizando las bases del problema que pretende resolver, o al menos, comprender. De esta manera se hace necesario partir desde la pregunta más fundamental: ¿es moralmente correcto practicar un aborto?

---

<sup>2</sup> FERRATER MORA, JOSÉ. 1970. “Diccionario de Filosofía abreviado”, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 289p.

Esta es una pregunta filosófica que, de hecho, ha sido abordada en el pasado, y ha dado lugar a distintas posturas. Evidentemente no es nuestro objetivo hacer aquí un análisis acabado y completo sobre este debate, sino simplemente dar una referencia acerca de determinadas discusiones que creemos son especialmente relevantes, ya que de estas controversias surgen conclusiones que sostienen diversas posturas permisivas o prohibicionistas respecto de la interrupción del embarazo.

En primer lugar se tratará la doctrina del doble efecto, y posteriormente el problema ontológico de determinación del estatus de persona.

## **2.2. La doctrina del doble efecto**

Esta doctrina podría ser definida de la siguiente manera:

“The doctrine of the double effect is based on a distinction between what a man foresees as a result of his voluntary action and what, in the strict sense, he intends. He intends in the strictest sense both those things that he aims at as ends and those that he aims at as means to his ends. The latter may be regretted in themselves but nevertheless desired for the sake of the end, as we may intend to keep dangerous lunatics confined for the sake of our safety.”<sup>3</sup> [La doctrina del doble efecto se basa en una distinción entre lo que un hombre prevé como resultado de su acción voluntaria y lo que, en sentido estricto, pretende. Intenta en el sentido más estricto tanto las cosas que apunta como fines como aquellas a las que apunta como medios para sus fines. Estos últimos pueden lamentarse en sí mismos, pero sin embargo deseados por el bien del fin, ya que podemos tener la intención de mantener confinados a los lunáticos peligrosos por el bien de nuestra seguridad].

Como vemos, la doctrina del doble efecto pretende generar una distinción fundamental entre los resultados de aquellas acciones que directamente pretendemos, y los resultados colaterales que pudieran resultar de estas acciones. Así, lo que resulta prohibido desde un punto de vista moral como el resultado directamente intencionado de una conducta, podría resultar permitido si ese resultado no es a consecuencia del propósito directo del sujeto, sino como medio para lograr su

---

<sup>3</sup> FOOT, PHILIPPA. 1967. “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, [en línea] Oxford Review, no.5, <<http://www2.pitt.edu/~mthomps/readings/foot.pdf>> [consulta: 23 de abril de 2018] 1p.



fin, o al menos, como un resultado esperable de esa acción. Philippa Foot lo explica de la siguiente manera:

“The words *double effect* refer to the two effects that an action may produce: the one aimed at, and the one foreseen but in no way desired. By *the doctrine of the double effect* I mean the thesis that it is sometimes permissible to bring about by oblique intention what one may not directly intend.”<sup>4</sup> [Las palabras doble efecto se refieren a los dos efectos que una acción puede producir: el objetivo, y el previsto, pero de ninguna manera deseado. Por la doctrina del doble efecto me refiero a la tesis de que a veces es permisible provocar por intención oblicua lo que uno no puede pretender directamente].

Aplicando este razonamiento a la problemática que nos compete, podría señalarse que sería permisible moralmente hablando el realizar un aborto siempre y cuando esta no sea la intención directa de nuestra acción. Pareciera ser que si esta conducta tiene como objetivo un fin moralmente valioso, tal como resguardar la salud o la vida de la mujer embarazada, no cabría realizar un reproche de la misma, en tanto la muerte del feto es el resultado esperable pero no querido de resguardar la salud o la vida de la mujer embarazada.

Se hace referencia a esta postura, en razón de que la legislación nacional relativa al aborto la recogió en su regulación promulgada en 1989. De hecho, según algunos autores, esta recepción servía como única morigeración de la idea radical de prohibir el aborto absolutamente. Así, María Inés Horvitz y Miguel Soto señalan lo siguiente:

“Conforme a dicha doctrina, y como lo establece el artículo 119 del Código Sanitario, en su actual redacción “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”; sin embargo, con ello se admite implícitamente, y con eficacia excusante, la producción de dicho resultado como consecuencia no buscada (no querida) de una acción realizada para la consecución de un fin legítimo, supuesto que dicha acción sea proporcionada como medio para alcanzar ese fin. En suma, se prohíbe el aborto con dolo directo pero no el realizado con dolo eventual, cuando el fin directo de la acción es legítimo y constituye la única y exclusiva motivación del comportamiento del autor.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> FOOT, Op. Cit. 2p.

<sup>5</sup> HORVITZ, MARÍA INÉS / SOTO, MIGUEL. 2007. “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia”, Revista de Estudios de Justicia (9), 84p.

Tal como señala Alejandro Miranda Montecinos<sup>6</sup>, esta es un principio que surge al alero de la teología moral católica. Efectivamente, su formulación original fue realizada por Tomás de Aquino en la *Summa theologiae*, siendo posteriormente desarrollada por teólogos tales como Francisco de Vitoria y Domingo Bañez. El mismo autor además señala que a pesar de esto, la doctrina del doble efecto sería un principio moral aplicable a cuestiones extra-religiosas, en particular, a tópicos de relevancia jurídica tales como el aborto. Consideramos que esta opinión se encuentra errada por lo siguiente:

De la lectura del principio aludido se puede apreciar su matriz eminentemente religiosa: lo central en el problema está dado por la intención del sujeto (el pecado) más que en el resultado objetivo de la acción. Esto se contrapone completamente con la tradición jurídica moderna, donde el castigo está dado en relación a “las conductas ejecutadas por el sujeto, con prescindencia de las características personales de este.”<sup>7</sup>

Efectivamente, Enrique Cury<sup>8</sup>, al hacer la distinción entre derecho penal de actos y derecho penal de autor, señala claramente que el primero tiene preminencia en aquellos sistemas jurídicos de origen liberal, entre los cuales se encuentra el sistema jurídico chileno. De igual manera, Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>9</sup>, señala el punto de que esta doctrina es prácticamente desconocida para la dogmática jurídica alemana y española, siendo solo relevante últimamente en el contexto del *Common Law*.

De esta manera, el problema con la doctrina del doble efecto radica en el hecho de que la licitud o ilicitud de una conducta se determina a modo genérico dependiendo de la intención del sujeto, en sus características personales, algo similar a un sistema de derecho penal de autor.

Por su parte, en los sistemas de derecho penal de actos, el elemento determinante de la licitud o ilicitud de un hecho está dado por la conducta del agente, quedando su intención desplazada al ámbito de la culpabilidad, sin interferir en la legalidad genérica de una acción.

---

<sup>6</sup> MIRANDA, ALEJANDRO. 2008. “El Principio del Doble Efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho* (9). 485-519 P.

<sup>7</sup> CURY URZÚA, ENRIQUE. 1992. “Derecho Penal. Parte General”, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3° Ed. 92 P.

<sup>8</sup> CURY. *Op. Cit.* 93 P.

<sup>9</sup> BASCUÑÁN R., ANTONIO. 2004. “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, *Revista Derecho y Humanidades* (10). 159 P.

De esta manera, se invierte el orden lógico de los factores, quedando la subjetividad del sujeto en una categoría fundamental que determinaría la legalidad *a priori* (o no) de una acción, mientras que lo concordante con los sistemas jurídico-penales modernos señala que la subjetividad del agente debe estar relegada al nivel de la culpabilidad. Así, es posible que existan hechos típicos, antijurídicos, pero no culpables. Si utilizáramos la doctrina del doble efecto, existirían hechos no culpables, y por lo mismo, atípicos.

Por estas razones, consideramos que este principio no debe ser tomado en cuenta a la hora de analizar temáticas seculares, tales como el aborto.

### **2.3. El problema ontológico**

A lo largo de la discusión relativa al aborto que se ha dado en nuestra sociedad, es posible advertir que uno de los argumentos más recurrentes a la hora de sostener una posición prohibicionista, dice relación con el estatus normativo de persona que detentaría el no nacido. El *nasciturus*, se señala, sería un individuo de la especie humana que desde el momento de la concepción gozaría del mismo estatus que cualquier persona, con los mismos derechos y la misma dignidad. *Ergo*, el producir la muerte de un feto no sería muy distinto a asesinar a un individuo caminante, con similar reproche desde un punto de vista moral. De ahí la necesidad de tratar este aspecto de la discusión.

Engelhardt señala, en un ensayo llamado “La ontología del aborto”, que por estatus ontológico podría entenderse lo siguiente:

“Thus, by ontological status I shall mean certain general categories of being, such as being an inanimate object, being a mere animal, being a fully developed self-conscious human person. With regard to the question of abortion, this is the issue of whether the fetus shows itself to be something to which one owes obligations in the sense one owes obligation to persons. Resolution of other issues, such as the rights of women over their own bodies and the interest of society in more liberal abortion laws, depends first upon whether the fetus is a person, an entity which can

claim rights.”<sup>10</sup> [Así, por estado ontológico me referiré a ciertas categorías generales del ser, como ser un objeto inanimado, ser un mero animal, ser una persona humana autoconsciente completamente desarrollada. Con respecto a la cuestión del aborto, esta es el problema de si el feto se muestra como algo a lo que se le deben obligaciones en el sentido de que se debe a las personas. La resolución de otros asuntos, tales como los derechos de las mujeres sobre sus propios cuerpos y el interés de la sociedad en las leyes de aborto más liberales, depende primero de si el feto es una persona, una entidad que puede reclamar derechos].

Este autor, cuya intención es dilucidar en qué momento un individuo pasa de ser un mero ser humano a una persona, hace referencia a la tesis de la “potencialidad”, “substancia” o “continuidad”, sostenida por algunos. Esta teoría señala que habría una especie de substancia esencial racional en los seres humanos, la cual es identificable a lo largo de toda la existencia del individuo, ya que tal como expresa el autor, “since this being is later rational, the substance itself must be a rational substance *ab initio*.”<sup>11</sup> [dado que este ser es posteriormente racional, la sustancia misma debe ser una sustancia racional ab initio]

De esta manera, en razón de la “potencialidad” que tiene aquel sujeto, es que se le otorga el mismo valor ontológico que posee uno que actualmente detenta dichas características.

Tal como señala Mañalich<sup>12</sup>, en referencia a este mismo autor, la llamada doctrina de “animación inmediata”, no era originalmente adscrita por la teología moral católica. En un principio, Tomás de Aquino, basándose en las ideas de Aristóteles (que señalaba que el proceso mediante el cual el ser humano se constituía en un “animal racional” era discontinuo), formuló la doctrina de la “animación mediata”, cual señala que la “adquisición del alma” o “animación” por parte del no nacido tenía lugar al cuadragésimo o nonagésimo día de gestación (dependiendo del sexo de la creatura), momento en el cual el *nasciturus* podría ser considerado una persona, y su asesinato era constitutivo de homicidio.

La razón por la cual este dogma fue sustituido por el de la *animación inmediata*, es bien explicado por Mañalich en el siguiente párrafo:

---

<sup>10</sup> ENGELHARDT, HUGO TRISTAM. 1974. “The Ontology of Abortion”, *Ethics*, [en línea] [http://www.jstor.org/stable/2379955?read-now=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/2379955?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents) [consulta: 25 de abril de 2018] 218p.

<sup>11</sup> ENGELHARDT, Op. Cit. 223P.

<sup>12</sup> MAÑALICH, JUAN PABLO. 2014. “La permisibilidad del aborto como problema ontológico”, *Revista Derecho y Humanidades* (23), 306-307p.

“Según explica Engelhardt, el abandono de la doctrina tomista de la animación mediata estuvo determinado por la consolidación del dogma mariano de la inmaculada concepción. Habiendo ya sido previamente fijada la fecha del nacimiento de María, madre de Dios, como correspondiente al 8 de septiembre, se llegó a plantear la muy sensible cuestión concerniente a la datación de su concepción “como persona”. En 1708, Clemente XI tuvo a bien fijar esta última fecha como correspondiente al día 8 de diciembre, esto es, exactamente en nueve meses antes de su (pretendido) nacimiento. Esta decisión suponía adoptar la doctrina de la *animación inmediata*, según la cual la animación de la creatura tendría lugar en el instante mismo de la fecundación, en contra de la doctrina de la animación mediata, bajo la cual –dado el sexo femenino de la creatura en cuestión- su concepción “como persona” habría tenido que ser datada sólo en seis meses antes de su nacimiento. Consistentemente con ello, Pío IX, que en 1854 proclamó el dogma de la inmaculada concepción, asimismo estableció, definitivamente, la doctrina de la animación inmediata.”<sup>13</sup>

En contraposición a esta tesis cuya base es la existencia de una continuidad, existen diversas posturas que sostienen premisas y conclusiones distintas.

Michael Tooley, en su ensayo *Abortion and Infanticide*<sup>14</sup>, busca determinar cual criterio parece más idóneo para determinar qué propiedades debe detentar un sujeto para ser considerado, “persona”, de lo cual se desprendería que tiene un derecho a la vida. El autor elabora el siguiente principio moral: se puede sostener que alguien tiene derecho a algo cuando los demás se ven en la obligación *prima facie* de realizar una acción o de abstenerse de realizar una acción respecto a este individuo. Sin embargo, para esto es necesario que dicho individuo sea capaz de experimentar el “deseo” de ese derecho, entendiendo esto como algún tipo de “estados que necesariamente se apoyan en algún tipo de relación con estados de conciencia”<sup>15</sup>. De esta manera, aplicando este principio al derecho a la vida, Tooley concluye lo siguiente:

“Applying this to the present case results in the conclusion that an entity cannot be the sort of thing that can desire that a subject of experiences and other mental states exist unless it possesses the concept of such a subject. Moreover, an entity cannot desire that it itself continue existing as a subject of experiences and other mental states unless it believes that it is now such a subject. This

---

<sup>13</sup> MAÑALICH, Op. cit., 307p.

<sup>14</sup> TOOLEY, MICHAEL. 1972. “Abortion and Infanticide”. *Philosophy of Public Affairs* (2). 37-65 P.

<sup>15</sup> TOOLEY, Op.Cit. 45 P.

completes the justification of the claim that it is a necessary condition of something's having a serious right to life that it possess the concept of a self as a continuing subject of experiences, and that it believe that it is itself such an entity."<sup>16</sup> [Aplicando esto al presente caso resulta la conclusión de que una entidad no puede ser el tipo de cosa que puede desear que exista un sujeto de experiencias y otros estados mentales a menos que posea el concepto de tal sujeto. Además, una entidad no puede desear que ella misma continúe existiendo como sujeto de experiencias y otros estados mentales, a menos que crea que ahora es un sujeto así. Esto completa la justificación de la afirmación de que es una condición necesaria de que algo tenga un derecho serio a la vida que posea el concepto de uno mismo como un sujeto continuo de experiencias, y que crea que es él mismo una entidad así].

Siguiendo esta misma línea, Mañalich, apoya la idea de que para afirmar que un individuo de la especie humana tiene un derecho a la vida en sentido subjetivo, es necesario previamente identificar un interés del mismo en vistas a este derecho: "Tratándose del derecho a la vida de P, el correspondiente interés de P sólo podrá consistir, entonces, en un interés de continuidad de su propia existencia, o más simplemente: un interés en su propia supervivencia."<sup>17</sup> De esta manera, se llega a la conclusión de que un feto humano no puede exhibir de ninguna manera un *interés no trivial* en su propia subsistencia, debido a que la evidencia científica muestra que se requiere un cierto grado de desarrollo biológico del individuo para poder experimentar deseos acerca del futuro.

Engelhardt, por otra parte, sostiene que un criterio adecuado para identificar a un individuo como persona es el de la viabilidad, socialmente entendida. Este autor no se refiere únicamente al concepto biológico de viabilidad, esto es, como la capacidad del feto de sobrevivir extrauterinamente de manera autónoma, sino unido a uno social. Este se explica por el hecho de que la posesión de determinadas calidades fisiológicas por parte de un sujeto no constituyen una razón suficiente para otorgarle a éste un determinado estatus ético. El criterio de la viabilidad biológica encuentra su fundamento en el hecho de que a partir de este momento nacería una obligación para con un paciente por parte del médico, siendo el feto considerado un paciente. Según el autor, la viabilidad biológica es sólo un dato fáctico, sin embargo para poder establecer

---

<sup>16</sup>TOOLEY, Op. Cit., 47 P.

<sup>17</sup> MAÑALICH, Op. Cit., 317p.

obligaciones éticas es necesario que el sujeto del derecho sea subsumible en alguna categoría social.

De esta manera, según Engelhardt la adquisición del estatus de persona sería apreciable en la infancia temprana. A pesar de que en esta fase del desarrollo el individuo no es racional, si entra en interacción con sujetos racionales, y ocupa un lugar en la sociedad, relacionándose y comunicándose con sus demás integrantes. Este nuevo nivel de interacción – el cual contrasta con la interacción inexistente entre la madre y el feto antes del nacimiento – permite que el niño sea socializado, ocupando un espacio y cumpliendo un rol dentro de la comunidad, pasando a ser considerado una “persona”. De esta manera podemos apreciar como en este contexto las demás personas pasan a tener obligaciones para con éste sujeto (obligaciones actuales, no potenciales), tales como por ejemplo, la obligación de su madre de alimentarlo cuando llora, o la obligación de su hermano mayor de cuidarlo cuando sus padres no están. Todas estas situaciones no se producen antes del nacimiento, en virtud de que en este estadio el feto no interactúa con otros individuos – ni siquiera lo hace con su progenitora- ante lo cual no es socializado ni puede ser considerado como una persona.

Podemos ver como el argumento defendido por estos autores es uno: la calidad ontológica de persona nace a partir de la existencia de deseos acerca de la propia existencia, deseos que sólo son posibles en la medida en que existan determinadas calidades mentales. Estos deseos –cuya importancia está radicada en el hecho de que generan obligaciones para terceros- , al no poder ser concebidos hasta después del nacimiento, hacen que antes de este punto el individuo no pueda ser considerado una persona.

Este argumento sirve como una justificación moral para poder proceder a realizar abortos, sin embargo, esto no significa que su conclusión deba ser traspasada en su totalidad a un plano normativo. Al respecto, Mañalich<sup>18</sup> en referencia a Norbert Hoerster<sup>19</sup>, distingue entre *norma ideal* y *norma práctica*, definiendo la primera como “norma cuyo contenido semántico reproduce transparentemente su propio fundamento de validez”,<sup>20</sup> y la segunda como “práxis de la vida cotidiana”. El autor sostiene la falta de conveniencia en igualar estos dos planos en base a dos consideraciones: en primer lugar debido al alto riesgo que correría cualquier individuo destinatario

---

<sup>18</sup> MAÑALICH, Op. cit., 324p.

<sup>19</sup> HOERSTER, NORBERT. 1991. “Atreibung im säkularen Staat”. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.

<sup>20</sup> MAÑALICH, Op. cit., 325p.

de la norma de errar acerca de la existencia o no de aquellas calidades mentales que convierten a un individuo en persona, teniendo en cuenta que esto es un proceso gradual. De esta manera, un hito fácilmente identificable para efectos prácticos sería el nacimiento; segundo, en virtud de un principio de “equilibrio reflexivo”, la determinación de este hito como demarcatorio de una norma prohibitiva no atenta en demasía contra la intuición y sentido común de los ciudadanos.

Finalmente, corresponde desarrollar los argumentos de estos autores en contra del argumento de la “potencialidad”, referida al principio de este apartado.

Tooley<sup>21</sup>, parte de la base del *moral symmetry principle*. Según este principio, señala el autor, no hay diferencia desde un punto de vista moral, entre deberes positivos y deberes negativos, siempre que la motivación sea idéntica en ambas situaciones y las acciones positivas involucren mínimo esfuerzo. Un ejemplo: Carlos ve que Juan está cerca de una bomba que está a punto de explotar, y fácilmente podría gritarle para que escapara, sin embargo no lo hace, ya que tiene la intención de que Juan muera; Carlos le dispara a Juan. Ambas situaciones son totalmente idénticas desde un punto de vista moral. Esto demuestra que la diferenciación entre deberes positivos y negativos,- en tanto sería sostenido por algunos filósofos que los deberes negativos imponen obligaciones más estrictas que los positivos - está errado.

Luego de haber establecido esto, se analiza el argumento de la potencialidad en base al siguiente ejemplo: supongamos que se inventa un químico que, siendo inyectado a gatos pequeños hace que estos desarrollen un cerebro idéntico al de los humanos, por lo cual estos gatos podrían pensar, hablar, leer, etc., razón por la cual no habría razón alguna para no otorgarles a ellos también un derecho a la vida.

De esta manera, no habría diferencia ética alguna entre no inyectar el químico al gato y matarlo. El hecho de que sea posible dar inicio a un proceso causal que terminará en un estadio en donde el gato se transformará en un ser con derecho a la vida, no significa que el gato ya tenga un derecho a la vida antes de que ese proceso comience. Así, en virtud del *moral symmetry principle* no hay diferencia ética alguna entre no iniciar el proceso e interrumpirlo.

De esta manera, si no hay un reproche moral en interrumpir el proceso causal que llevará al gato a convertirse en un sujeto con derecho a la vida, tampoco lo hay en interrumpir el proceso causal que llevará al *homo sapiens* a adquirir tal derecho, con la única diferencia de que en el primero la

---

<sup>21</sup> TOOLEY, Op. Cit., 55-65 P.



potencialidad se encuentra presente desde que es inyectado con el químico, mientras que en el caso de los humanos la potencialidad se encuentra desde el inicio del desarrollo orgánico, disimilitud que es irrelevante.

“The point is merely that if it is seriously wrong to kill something, the reason cannot be that the thing will later acquire properties that in themselves provide something with a right to life.”<sup>22</sup> [El punto es simplemente que si está seriamente mal matar algo, la razón no puede ser que la cosa luego adquiera propiedades que en sí mismas proporcionan algo con derecho a la vida.]

Mañalich<sup>23</sup> ataca el argumento de la potencialidad en razón de que la sola consideración de que en el futuro existirá un potencial deseo de sobrevivencia no implica que en la actualidad exista un derecho en relación a tal deseo. Si se sigue este razonamiento señala el autor, no cabría diferenciar entre una persona potencial y una posible: “entre un ente que exhibe una potencialidad activa para llegar a ser persona, por un lado, y un ente que exhibe una potencialidad puramente pasiva para ello, por otro”<sup>24</sup>. De esta manera, no habría tampoco diferencia entre una acción abortiva y una anticonceptiva.

Finalmente, Engelhardt<sup>25</sup> señala que el argumento de la potencialidad descansa en que todo aquello que ya es una persona humana lo será en el futuro, razón por la cual se introduce el concepto de “esencia”, que se mantiene desde el inicio del proceso hasta el final, a pesar de que la materialidad del mismo cambie a lo largo del tiempo. De esta manera se pierde la capacidad para distinguir entre el presente y el futuro: es posible otorgar valor a ciertas cosas en virtud de que en el futuro potencialmente podrán ser de una manera, sin embargo esto no significa que actualmente ya tengan ese valor futuro.

Por lo demás, el otorgar valor a determinadas cosas en base a características ajenas a su materialidad es por decirlo menos, problemático.

Así las cosas, podemos ver como estos autores entregan argumentos sólidos en el sentido de desestimar la tesis de que el cigoto desde el momento de la concepción es un sujeto con derecho a la vida. Podemos a su vez observar como la idea de “potencialidad” está radicada necesariamente en la creencia de que existe algún tipo de esencia en los seres humanos que se

---

<sup>22</sup> TOOLEY, Op. Cit., 62 P.

<sup>23</sup> MAÑALICH, Op. cit., 322-324p.

<sup>24</sup> MAÑALICH, Op. cit., 323p.

<sup>25</sup> ENGELHARDT, Op. Cit.

encuentra presente desde el nacimiento hasta la muerte. Sin duda que la defensa de tal postura debe recurrir necesariamente a ideas de carácter trascendente, lo cual es inadmisibles dentro de la discusión en un contexto secular como el nuestro.

## **2. Historia de la regulación legal del aborto en Chile**

El presente apartado busca hacer una referencia a cómo se encontraba regulada la interrupción del embarazo hasta la entrada en vigor de la Ley 21.030, en los dos cuerpos legales aplicables, esto es, el Código Penal, y el Código Sanitario, además de las posturas que tomaba la doctrina respecto a la permisibilidad de realizar un aborto consentido por la mujer.

### **2.4. Bien jurídico protegido**

Existe discusión en la doctrina respecto de cuál es el bien jurídico protegido por el delito de aborto.

Alfredo Etcheberry<sup>26</sup>, señala que una interpretación acorde a la debida armonía y correspondencia entre las disposiciones legales, concluye en que lo que se protege mediante el delito de aborto es la vida del que está por nacer. Señala que el espíritu de la ley, manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento, reafirma esta posición<sup>27</sup>.

Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez<sup>28</sup>, señalan que *hay acuerdo* en que el bien jurídico protegido por el delito es la vida humana dependiente.

Mario Garrido Montt<sup>29</sup>, por su parte, se manifiesta en el mismo sentido de lo ya señalado, afirmando que lo protegido por el delito es la *vida en gestación*. Sin embargo, este autor establece

---

<sup>26</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1997. "Derecho Penal. Parte Especial" .Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, 1° edición, Santiago de Chile. 88-95 P.

<sup>27</sup> Con esto el autor se está refiriendo a las actas de la Comisión Redactora del Código Penal.

<sup>28</sup> POLITOFF L., SERGIO; MATUS A., JEAN PIERRE; RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA. 2004. "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial". Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, Santiago de Chile. 85 P.

<sup>29</sup> GARRIDO MONTT, MARIO. 1998. "Derecho Penal. Parte Especial." Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, 1° edición, Santiago de Chile. 97-98 P.

la salvedad de que a pesar de ser esta postura la mayoritaria, existen otras dos minoritarias: el interés demográfico del Estado, y los intereses de la mujer embarazada.

Respecto al primero, Joan Queralt Jiménez<sup>30</sup>, utiliza el siguiente razonamiento: el titular del bien jurídico que protege el aborto no puede ser el *nasciturus*, en tanto no es un sujeto de derecho, sino más bien el objeto material del delito. Luego, el titular del bien protegido debe ser la sociedad, cuyo único interés al respecto no puede ser sino un *interés demográfico*, “el interés social en su propia perpetuación mediante la protección de los que se da en llamar *spes vitae*”<sup>31</sup>. El autor estima que en tanto este interés no tenga una motivación racista no debe ser considerado ilegítimo.

Por otro lado, admite que la sociedad no es un auténtico sujeto de derechos subjetivos, sino solamente titular de *derechos más o menos difusos*. En este sentido, señala que una punición estatal solo se justifica en la medida en que se identifique una lesión concreta al bien jurídico protegido. De esta manera, el adoptar esta postura parece problemático, en tanto parecería difícil atribuir responsabilidad a sujetos individuales por lesiones al bien “interés demográfico del Estado”.

En cuanto a los intereses de la mujer embarazada, evidentemente la única hipótesis donde sería operativo esta protección es en el caso del aborto en contra de la voluntad de la mujer. En la medida en que se penalice el aborto voluntario, es claro que el bien jurídico protegido no puede ser los intereses personales de la mujer, ya que esta penalización justamente atenta contra estos intereses.

## 2.5. El Código Penal de 1875

El 1 de Marzo de 1875, bajo la presidencia de Federico Errázuriz Zañartu entró en vigor el Código Penal Chileno.

---

<sup>30</sup> QUERALT JIMÉNEZ, JOAN. 2015. “Derecho Penal Español. Parte Especial.” *Tirant Lo Blanc*, 7° edición, volumen I.

<sup>31</sup> QUERALT. Op. Cit. 59 P.

El aborto se encuentra tipificado en el Art. 342 y siguientes de este cuerpo legal, en el título VII del libro II, esto es, *Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*.

El texto original disponía: “El que maliciosamente causare un aborto...”. Tal como señala Bascuñán,<sup>32</sup> el uso de la expresión *maliciosamente* por parte de la comisión redactora, tiene por finalidad establecer que en determinadas circunstancias la interrupción consentida del embarazo no es un hecho ilícito. Esta expresión daría a entender que es posible causar un aborto de *buena fe*: “Desde el punto de vista de la comisión redactora y la ética médica del Siglo XIX y principios del Siglo XX, lo crucial de esa “buena fe” incompatible con la malicia es la representación de estar actuando en una situación de aborto provocado *lícito*. Se trata de una referencia subjetiva a un *supuesto objetivo de exclusión de la ilicitud* del aborto.”<sup>33</sup>

De la misma manera, este mismo autor, señala que la doctrina penal y médico-legal chilenas de fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, estaban contestes en que a pesar de que el mismo Código Penal no las estableciera, existían determinadas situaciones en las cuales la práctica de un aborto estaba permitida por el ordenamiento.

Así las cosas, tanto el legislador como la doctrina jurídica y médica a la época de dictar la primera regulación surgida en Chile respecto a la interrupción del embarazo, estaban de acuerdo en que la prohibición de esta conducta no era absoluta.

## **2.6. El Código Sanitario de 1931**

En Mayo de 1931 entró en vigencia el Decreto con Fuerza de Ley N°226, que aprobó el Código Sanitario.

El Art. 226 inc. 1° del mismo, disponía lo siguiente: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.” Como se puede apreciar, esta redacción sólo reafirmaba la postura sostenida a la hora de la dictación del Código Penal, esto es, es posible realizar un aborto bajo determinadas circunstancias.

---

<sup>32</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit.

<sup>33</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 146 P.

El 11 de diciembre de 1967 se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N°725, el cual introdujo modificaciones al mismo y estableció el Art. 119: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.”

Siguiendo a Bascuñán<sup>34</sup>, la interpretación de la expresión “fines terapéuticos” experimentó una fuerte evolución en la doctrina nacional, esto en virtud del avance de la medicina que hizo innecesaria la realización de abortos que en el pasado hubieran sido imperativos.

En efecto, es posible encontrar dos posiciones marcadas, una minoritaria que señala que a la expresión “fines terapéuticos” se le debe dar una interpretación extensiva, y que tiene su fundamento en que la causal de justificación del Art. 119 sería un caso de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un oficio, quedando por lo tanto entregada la decisión a las normas de la ética médica. Por su parte, la opinión mayoritaria, señala que el Art. 119 es un caso de estado de necesidad justificante, y se le aplican los principios de subsidiariedad del medio y ponderación de los bienes en conflicto.<sup>35</sup>

A pesar de que la doctrina se encuentra más dividida que a la hora de la dictación de este código, cabe resaltar que en ningún momento se llegó a defender la idea de la prohibición absoluta del aborto tal como sí ocurrió en la regulación precedente. Así lo señala Bascuñán:

“En todo caso, es importante señalar que nunca se planteó como requisito de la norma del Código Sanitario una restricción de carácter subjetivo semejante a la exigida por la doctrina del doble efecto de la teología moral católica. Tal como lo fuera antes de la dictación del Código Sanitario, la práctica médica bajo sus normas aceptó la licitud del uso del aborto como medio para la salvaguarda de la mujer.”<sup>36</sup>

## **2.7. La reforma de 1989**

A poco tiempo de finalizar la dictadura militar, se dictó la Ley 18.826, que modificó el Art. 119 del Código Sanitario, el cual de esta manera rezaba lo siguiente:

---

<sup>34</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit.

<sup>35</sup> La discusión doctrinal será tratada con mayor detalle en el siguiente capítulo.

<sup>36</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 152p.

“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”

La moción fue a iniciativa del miembro de la junta de gobierno y Comandante en Jefe de la Armada, José Toribio Merino. Tal como consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley<sup>37</sup>, el proyecto inicial tenía como objetivo agravar las penalidades que contemplaba el Código Penal para el ilícito de aborto, además de modificar el Código Sanitario en el Art. 119, prohibiendo el aborto directo y permitiéndolo solamente como un efecto indirecto de la práctica uno con fines terapéuticos, recogiendo esta manera la doctrina del doble efecto contenida en la teología moral católica.

Sin embargo en un principio la única comisión legislativa a favor de legislar fue la primera (Armada), mientras que las otras tres la rechazaron. A pesar de esto, Merino insistió, e incluso el Obispo de Rancagua, Jorge Medina, adhirió a sus consideraciones. Los argumentos compartidos por ambas autoridades son bien explicadas por Bascuñán<sup>38</sup>:

“Los argumentos de esta carta son previsibles: (a) las antiguas indicaciones médicas para practicar el aborto terapéutico carecen de vigencia, debido a los adelantos de la medicina; (b) para el caso excepcional que no pudiere ser controlado médicamente, la única alternativa lícita es la admitida por la teología moral del magisterio eclesiástico, esto es, la doctrina del doble efecto; (c) el Art. 119 del Código Sanitario autoriza el aborto directamente provocado en términos indeterminados, luego, (d) esa disposición encubre institucionalmente la práctica de abortos ilícitos.”

Estas consideraciones fueron tomadas en cuenta por la comisión legislativa conjunta. Así, luego de haber redactado una disposición que señalaba expresamente excluida la causal de justificación del hasta ese entonces contenía el Art. 119, señalando que el hecho siempre constituiría un ilícito, finalmente aprobó el proyecto en los términos antes señalados. Este texto final, sigue excluyendo el ejercicio legítimo de una profesión u oficio como causal de justificación, sin embargo admite que es posible considerar lícita una conducta con fines terapéuticos que tiene como consecuencia indirecta la interrupción del embarazo. En estos casos, el médico podrá eludir la responsabilidad penal alegando su exculpación. Tal como señala Bascuñán:

---

<sup>37</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “Historia de la Ley 18.826. Sustituye artículo 119 del Código Sanitario” [en línea]  
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37418/1/HL18826.pdf>  
[consulta: 12 de mayo de 2018]

<sup>38</sup>BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 154p.

“En otras palabras, desde el punto de vista de la comisión conjunta, el proyecto de ley mantendría un residuo de la antigua causa de justificación del Código Sanitario: el compatible con la teología moral del magisterio eclesiástico católico. El punto de vista que en el Siglo XIX fue rechazado en Chile por su carácter excesivamente restrictivo era así introducido por la junta de gobierno a fines del siglo XX.”<sup>39</sup>

## 2.8. La reforma de 2017

El 31 de enero de 2015 es ingresado a la Cámara de Diputados el mensaje N°1230-362 por parte de la Presidenta de la República, que pretende someter a consideración del poder legislativo el proyecto de ley que busca despenalizar el aborto en tres causales.

En este mensaje<sup>40</sup>, se puede apreciar que los fundamentos de esta iniciativa legislativa están dadas por el Derecho Internacional de los Derechos humanos, el contexto normativo mundial y la necesidad de reconocer la autonomía que la mujer tiene sobre su cuerpo.

El proyecto final fue aprobado el 23 de septiembre de 2017, conteniendo algunas diferencias respecto al texto inicial. En lo principal, se mantuvo la idea de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. A continuación se analizará cada una de estas.

### - Indicación terapéutica

Se permite la interrupción del embarazo en la medida en que la mujer se encuentre en riesgo vital en razón de su estado de preñez. En el texto del proyecto inicial, podía observarse que este “riesgo vital” podía ser presente o futuro, mientras que en la norma finalmente aprobada no se hace esta distinción.

Según se señala en la historia del establecimiento de la ley, la motivación que antecede a esta indicación está dada por la necesidad de que la mujer acceda a los tratamientos médicos necesarios para preservar su vida, aunque esto signifique terminar con su embarazo. De la misma

---

<sup>39</sup>BASCUÑAN, 2004. Op. Cit. 156p.

<sup>40</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “Historia de la Ley 21.030” [en línea]  
<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6701/> [consulta: 29 de agosto de 2018]

forma, esto genera certeza en el equipo de especialistas en relación a que no habrá consecuencias penales posteriores por llevar a cabo este tipo de procedimientos. Finalmente, esta causal permite que sea la propia mujer quien decida en base a su propia conciencia si soportará un determinado nivel de riesgo en virtud del embarazo, o si determina terminar con el mismo.

Esta indicación contiene una problemática relacionada con el hecho de que sólo se incluye como antecedente de la misma el riesgo de vida inminente que produce el embarazo para la madre, y no el peligro futuro o la afectación de su salud. Efectivamente, en opinión de Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>41</sup>, la justificación terapéutica del aborto iría mucho más allá de evitar la muerte de la mujer producto de la gravidez, e incluiría también casos de peligro futuro o merma de su salud.

- Indicación embriopática

Se justifica la interrupción del embarazo en la medida de que el embrión o feto padezca una patología (adquirida o congénita) que implique la inviabilidad extrauterina de su vida.

Según se señala en el mensaje ingresado por el Poder Ejecutivo, esta causal se explica por la falta de justificación de mantener a la mujer en un “permanente estado de duelo”, a sabiendas de que el embrión o feto que lleva en su interior no podrá prosperar más allá del parto. De esta manera, deberá ser la propia embarazada quien decida continuar o no con el estado de preñez, de hacerse acompañar por sus redes, y de recibir los tratamientos médicos pertinentes.

El proyecto inicial contiene algunas diferencias respecto al final en cuanto a la redacción del precepto. En un principio, rezaba lo siguiente: “El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina”. Por su parte, el texto finalmente aprobado señala: “El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.”

Puede observarse sin embargo como el objetivo de la norma sigue siendo el mismo, y como en el proyecto final se hace hincapié en el hecho de que la patología debe ser de carácter letal. Esto se explica por la necesidad de excluir de la norma la hipótesis de aborto eugenésico, esto es, aquella en que se busca evitar el nacimiento de individuos que padecen algún tipo de patología grave, que sin embargo no tiene carácter letal. La discusión entorno a la permisibilidad del aborto eugenésico

---

<sup>41</sup> BASCUÑAN, 2004. Op. Cit



encuentra defensores y detractores, y existen legislaciones que la reconocen como una justificación admisible<sup>42</sup>. Tal como señala Michael J. Selgelid<sup>43</sup>, existen posturas que abogan por la permisibilidad de este tipo de indicaciones en virtud de encontrarse moralmente justificadas. Esto en razón de evitar el sufrimiento de niños que, en virtud de las patologías que presentan, tendrán vidas cortas y duras. Además, se estaría previniendo tanto a la sociedad como a los padres – especialmente a la madre- de soportar las cargas excesivamente gravosas que implican estas deficiencias. En contra de esta posición se encuentra la que señala que este tipo de indicación sería inadmisibles en razón de la igualdad de las personas, la cual no se ve influenciada por la comparación de las mismas con “algún estándar de calidad”.<sup>44</sup>

El centrarse en esta discusión supera el objetivo de este trabajo, por lo que nos limitaremos a decir que es claro que el proyecto de ley actualmente vigente en nuestro país excluye la hipótesis de aborto eugenésico como causal de justificación de la interrupción del embarazo, limitándose solamente a aquel en que la patología genética o adquirida por al *nasciturus* es de carácter letal.

#### - Indicación criminológica

También conocida como indicación ético-jurídica, se autoriza el practicar un aborto cuando el embarazo es producto de una violación. Tanto en el proyecto inicial como en el final, ésta justificación sólo se extiende hasta la semana doce de gestación, y en el caso de ser una niña menor de catorce años, hasta la semana catorce (en este punto el proyecto definitivo difiere del inicial, el cuál extendía el plazo en este caso hasta la semana dieciocho).

El fundamento de esta causal está dado por el hecho de que el embarazo se ha producido mediante un acto no consentido sobre el cuerpo de la mujer. De esta manera, se busca evitar que el estado agrave el trauma sufrido por la víctima en la violación, mediante la realización de un nuevo acto contrario a su voluntad, al obligarla a mantener la gravidez.

---

<sup>42</sup> España es un ejemplo, donde se permite la interrupción del embarazo en caso de que el embrión o feto presenta “graves taras físicas o psíquicas”. Al respecto, véase: MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA. 2005. “Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo”. En Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.

<sup>43</sup> SELGELID, MICHAEL J.. 2004. “¿El aborto para la Prevención de las Imperfecciones Humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales.” Revista de Filosofía, (31).

<sup>44</sup> BASCUÑAN, 2004. Op. Cit. 177 P.

Sin embargo, esta causal parece encontrarse bastante restringida en relación a su supuesto de hecho. Efectivamente, la hipótesis de violación no es el único caso en que el embarazo es el resultado de un acto no consentido por la mujer: tal carácter también lo tienen los delitos de estupro y abuso sexual, además de la inseminación artificial y la transferencia de embriones no consentidos. Por otro lado, la limitación temporal de esta indicación, y la diferencia de trato dependiendo de la edad de la víctima parecen no estar justificadas. Esto se tratará con mayor profundidad en el último capítulo.

### **3. Regulación del aborto en el derecho comparado**

Es necesario terminar este capítulo introductorio haciendo una referencia a los distintos modelos que han adoptado otras naciones a la hora de regular este tema.

Según señala Albin Eser,<sup>45</sup> (a propósito de un estudio realizado por el Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg, que tenía como objetivo informar la discusión que se estaba dando en Alemania sobre la nueva regulación que se le daría a la interrupción del embarazo después de la reunificación), es posible observar que no existen ordenamientos en donde se prohíba el aborto absolutamente y en cualquier caso, mientras que tampoco los hay en los cuales se permita con toda discrecionalidad hasta el comienzo del parto. De esta manera, se puede decir que la tendencia mundial es regular el tópico en un espectro relativamente amplio de posibilidades, con excepción de estos dos extremos. El mismo autor, señala que básicamente existen tres modelos: el modelo de plazos basado en la autodeterminación, el de indicaciones sobre la base de enjuiciamiento de un tercero y el modelo del discurso orientado a la situación de necesidad.

#### **2.9. El modelo de plazos basado en la autodeterminación**

---

<sup>45</sup> ESER, ALBIN. 1999. "Reforma a la regulación Alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado", Buenos Aires, Nuevos Horizontes en la ciencia penal.

Este modelo tiene como característica que hasta un determinado plazo fijado por la legislación, la mujer posee discrecionalidad para practicarse un aborto, sin necesidad de explicar razones ni someterse a algún tipo de control.

El caso español es un ejemplo de este modelo. Hasta el año 2010 en España era permitido interrumpir el embarazo sólo bajo tres causales: para salvar la vida de la madre, por un embarazo que sea resultado de una violación, y en caso de que el feto presente “graves taras físicas o psíquicas”<sup>46</sup>. Esta legislación consta desde el año 1985, donde la Ley Orgánica 9/1985 introdujo una modificación al antiguo Código Penal español, estableciendo como causales de justificación para el delito de aborto estas tres indicaciones.

Con la Ley Orgánica 2/2010<sup>47</sup>, se introducen cambios a la regulación. En su preámbulo, esta norma hace referencia al necesario respeto que el estado debe mantener en relación a la autonomía personal de los ciudadanos, la cual se ve particularmente afectada en el caso de las mujeres, en relación a la maternidad y el embarazo. En ese sentido, el artículo 13 y 14 de dicha ley establecen que será posible interrumpir el estado de gravidez por parte de un equipo médico en un establecimiento de salud, mediando la voluntad de la mujer. Esta interrupción podrá realizarse hasta la semana catorce de gestación, luego de haber transcurrido tres días desde que se le haya informado a la embarazada sobre la existencia de derechos, prestaciones y apoyos estatales respecto a la maternidad.

Alemania, por su parte, cuenta con una regulación similar a la española. Luego de la reunificación a principios de los años 90, surge la necesidad de uniformar la legislación relativa al aborto, la cual era totalmente distinta en los dos estados<sup>48</sup>. En 1996, luego de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal<sup>49</sup>, entra en vigor la norma que introduce la sección 218 del Código Penal<sup>50</sup>. Ésta señala que la interrupción del embarazo no estará penada en la medida en se realice con el

---

<sup>46</sup> LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO, DE REFORMA DEL ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO PENAL. [en línea] < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>> [consulta 31 de agosto de 2018].

<sup>47</sup> LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN INVOLUNTARIA DEL EMBARAZO. [en línea] < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>> [consulta 31 de agosto de 2018]

<sup>48</sup> Una explicación detallada de la regulación en las dos alemanias, y del proceso que desembocó en la reforma del estado unificado, puede encontrarse en: D.A. JEREMY TELMAN. 1998. “Abortion and Women 's Legal Personhood in Germany: A Contribution to the Feminist Theory of the State” 24 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 91.

<sup>49</sup> Este tópico se analizará en detalle mas adelante.

<sup>50</sup> EUROPEAN COMISSION: GERMAN CRIMINAL CODE. [en línea] < [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal\\_code\\_germany\\_en\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf)> [consulta 31 de agosto de 2018]

consentimiento de la mujer, sea antes de la semana doce desde la concepción, y sea llevada a cabo por un médico. Además, es necesario que la embarazada sea asesorada por alguna entidad reconocida para estos efectos por la ley, que le otorgue consejo y asistencia, otorgándole información pertinente, para que de esta manera la mujer tome una decisión responsable e informada. El aborto puede ser practicado luego de tres días desde esta asesoría.

#### **2.10. El modelo de indicaciones sobre la base de enjuiciamiento de un tercero**

Este tipo de regulación tiene la característica de basarse en determinadas circunstancias anteriores al embarazo o coetáneo a este, que constituyen determinados estados de necesidad que justifican a la mujer interrumpir su embarazo. Estas circunstancias deben ser comprobadas por un tercero (generalmente un médico), y son susceptibles de control judicial posterior. Se puede afirmar que este es el modelo mayormente utilizado en el mundo.

Tal como señala Eser, aquí podemos encontrar notables variaciones en cuanto a las indicaciones admitidas, y también en cuanto a la precisión en que están redactadas en cada legislación. Estas generalmente utilizadas son las siguientes: la médico-social, eugenésica o embriopática, criminológica, y la de estado de necesidad general.

Un ejemplo de un modelo de indicaciones restringido es Irlanda. Esta materia se encuentra regulada en la *Protection of Life During Pregnancy Act 2013*<sup>51</sup>, que establece en primer lugar que la interrupción del embarazo se encuentra generalmente prohibida, sin embargo es tolerada bajo una determinada circunstancia. En la segunda parte del documento, capítulo 1, sección 7, se señala que esta circunstancia está determinada por el hecho de que la vida de la mujer embarazada se encuentra en peligro, lo cual debe ser certificado por dos médicos, y cuya única solución sea la de dar curso al procedimiento abortivo.

El Reino Unido presenta una legislación algo mas laxa y específica. *The Abortion Act 1967*<sup>52</sup>, en su sección primera señala que constituye una justificación para practicar un aborto el hecho de que el

---

<sup>51</sup> PROTECTION OF LIFE DURING PREGNACY ACT [en línea] <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/35/enacted/en/pdf>> [consulta: 21 de mayo de 2018].

<sup>52</sup> ABROTION ACT 1967 [en línea] <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/content>> [consulta: 21 de mayo de 2018].

embarazo represente un riesgo para la salud física o mental, tanto de la mujer, como de algún hijo preexistente de ésta; o que es necesario interrumpir el embarazo para evitar un daño grave a la salud física o mental de la mujer embarazada; o que su vida se encuentre en peligro en virtud del embarazo; o finalmente que exista serio riesgo de que el que está por nacer presente algún tipo de anomalía física o mental que resulte en una gran incapacidad para éste.

Estas situaciones deben ser certificadas por dos médicos, y el embarazo no debe encontrarse más allá de la semana 24.

Finalmente en Islandia<sup>53</sup>, podemos encontrar un modelo que comprende un número mucho mayor de indicaciones que los antes analizados. Esta materia se encuentra regulada en el *Act on Counselling and Education Regarding Sex and Childbirth and on Abortion and Sterilization Procedures*, que en su artículo noveno establece, además de las causales médicas bastante similares a las del caso británico antes revisado, una causal criminológica y una social con distintas circunstancias que le sirven de base. Así, se establece como parámetro general que es lícito interrumpir un embarazo cuando la mujer y si círculo familiar más cercano se verían imposibilitados de sostener el embarazo o su resultado posterior en virtud de circunstancias sociales más allá de su control. Se señala que situaciones tales como la falta de madurez o corta de edad de la mujer, o el hecho de que viva en un hogar modesto y en condiciones de pobreza, sirven como fundamento para invocar esta causal.

### **2.11. El modelo del discurso orientado a la situación de necesidad**

Señala Eser que este modelo es una variación del último analizado. En este caso la situación de necesidad que justifica la interrupción del embarazo debe ser ponderado por la propia embarazada. A pesar de que a simple vista esto parece tener las características de un modelo de libre elección, no lo es, tal como señala el mismo autor:

“Dejar a esta normativa simplemente como «modelo de plazos», porque en la práctica queda abandonada a la valoración autónoma no susceptible de control judicial de la embarazada sobre la

---

<sup>53</sup>ACT ON COUNSELLING AND EDUCATION REGARDING SEX AND CHILDBIRTH AND ON ABORTION AND STERILISATION PROCEDURES [en línea] <[https://www.government.is/media/velferdarraduneyti-media/media/acrobat-enskar\\_sidur/Act-on-counselling-and-instruction-etc-No-25-1975-as-amended-2017.pdf](https://www.government.is/media/velferdarraduneyti-media/media/acrobat-enskar_sidur/Act-on-counselling-and-instruction-etc-No-25-1975-as-amended-2017.pdf)> [consulta: 21 de mayo de 2018].

existencia de un estado de necesidad dentro de un determinado plazo (como por ejemplo se ha reconocido en Francia por el Consejo de Estado), sería desconocer que la ley de interrupción del embarazo no lo deja a la libre discreción de la embarazada, sino que exige una situación de necesidad y una ponderación por parte de la embarazada (con lo que se haría posible al menos procurar el deber de comprobación de la ejecución y explicación de una tal ponderación frente al médico)”<sup>54</sup>.

Un ejemplo de este modelo es la normativa belga sobre el aborto<sup>55</sup>. Estando regulado en el Código Penal, el Art. 350 del mismo señala que hasta la semana doce de gestación, es posible el interrumpir el embarazo de una mujer, por un médico, en caso de que esta sufra “angustia”, producto de su situación, sin entrar a definir de manera más específica a que se refiere con esta expresión. La mujer debe ser informada de los riesgos del procedimiento, además de las alternativas con las que cuenta. La práctica del aborto debe ser realizada al menos seis días luego de la entrevista con el especialista.

---

<sup>54</sup> ESER, Op. Cit. 61p.

<sup>55</sup>CODE PENAL[en línea]

<[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&table\\_name=loi&cn=186706080\\_1](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=186706080_1)> [consulta: 21 de mayo de 2018].

## Capítulo segundo: el aborto desde una perspectiva doctrinal

En el capítulo anterior, hicimos una revisión somera acerca de ciertos aspectos fundamentales y de regulación comparada acerca del tema que nos convoca. En el presente capítulo, buscaremos analizar el problema desde una perspectiva jurídica.

En primer lugar, se analizará el tópico desde un punto de vista constitucional. Al respecto, existen distintas posturas dogmáticas respecto a que interpretación debe dársele a los preceptos constitucionales que resguardan la vida de las personas y del *nasciturus*, de manera que se verifique la debida correspondencia entre los principios consagrados en la constitución y la regulación minuciosa propia del derecho penal. La discusión al respecto ha girado en torno acerca de qué nivel de protección se le otorga a la vida del no nacido en la carta fundamental, y qué consecuencias trae esto para la mujer embarazada, en relación a su deber de tolerar el embarazo. Además, en este apartado se revisará la discusión que tuvo lugar en el Tribunal Constitucional Federal Alemán, y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, teniendo en cuenta el distinto carácter que tienen estas dos interpretaciones, respecto a los derechos que se consideran en conflicto y su valor relativo, lo cual será especialmente informador para la parte final del capítulo.

Luego, se estudiará la discusión de dogmática-penal, buscando analizar los distintos puntos de vista que sostiene la doctrina acerca de qué tratamiento criminal debe dársele al aborto consentido en el contexto nacional. En éste análisis será posible distinguir aquellas posturas permisivas, versus las que abogan por una prohibición prácticamente total de la conducta. Estas diversas visiones parten del hecho de que *a priori*, el aborto es generalmente una conducta ilícita, en virtud de su tipificación como tal, por lo que el debate gira en torno a la categoría de la antijuridicidad, es decir, si acaso existen circunstancias que permiten justificar la interrupción del embarazo, cuáles son estas, el alcance que tienen, y las consecuencias prácticas derivadas de esto.

Por último, tendrá lugar la síntesis de las conclusiones a las que se haya arribado tanto en el presente capítulo como en el anterior, tomando postura acerca de la solidez de los diversos argumentos sostenidos por las partes. Esta parte del trabajo busca poder determinar cuáles son los diversos intereses que están en juego, cuál es el peso específico que tiene tanto el derecho a la

vida del *nasciturus* como el de la autonomía de la mujer embarazada a la luz del derecho constitucional chileno, establecer si la legislación penal debe tolerar las conductas abortivas, en general y en circunstancias específicas, etc.

Será con estas conclusiones, y luego de haberse posicionado en un debate evidentemente abierto, que se analizará de manera crítica la legislación actual de la interrupción del embarazo.

#### **4. El problema constitucional**

La Constitución fija los principios generales aplicables al sistema jurídico en su conjunto, los cuales son desarrollados a un nivel más específico en las distintas áreas en las cuales el legislador realiza su función reguladora.

Es en razón de esto, que antes de referirnos a la cuestión penal, es menester analizar cuáles son las posturas que surgen a nivel de discusión constitucional, relacionadas con la problemática del aborto.

El problema central de esta discusión radica en determinar si la carta fundamental otorga un derecho a la vida al no nacido, si ese derecho a la vida es idéntico al derecho a la vida que le otorga a los nacidos, y si el primero detentaría la calidad jurídica de persona.

El Art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República expresa:

**“Art. 19.** La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.”

#### **2.12. Postura que niega la existencia de un derecho a la vida del *nasciturus* en sentido estricto.**



Esta posición, minoritaria en el contexto chileno<sup>56</sup>, sostiene que el derecho a la vida que se consagra en favor de las personas, no puede tener el mismo carácter en favor del no nacido.

Siguiendo lo señalado por Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>57</sup>, es justamente por esa razón que se incluye el inciso segundo en esta disposición, el cual entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer, lo cual no es lo mismo que otorgar un derecho subjetivo, como si lo hace con las personas nacidas. Si al asegurar el derecho a la vida de todas las personas se entiende implícitamente que es deber del legislador brindar protección en virtud este derecho, entonces el inciso segundo de la norma es redundante. Por el contrario, si ese deber de protección no se encuentra comprendido desde ya, entonces el *nasciturus* gozaría de más derechos que los nacidos, lo cual infringiría el Art. 19 N°2 de la Constitución Política de la República.

Un argumento bastante potente para estos efectos puede encontrarse en la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional. En efecto, tal como señala el mismo autor, en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución surgió esta discusión. Jaime Guzmán Errázuriz, proponía establecer el derecho a la vida del *nasciturus* como un derecho fundamental, y por lo mismo proscribir el aborto en términos absolutos, sin embargo su opinión sólo fue secundada por Alejandro Silva Bascuñán, siendo objetada por los demás miembros de la instancia.

Efectivamente, tanto Enrique Ortúzar Escobar (presidente), como Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Quiroz se opusieron a la inclusión de tal norma en la Carta Fundamental. Los argumentos se basaban en el hecho de que el aborto parecía justificarse en determinadas circunstancias –como cuando el embarazo es producto de un abuso sexual- , además de que una consideración de tal naturaleza obedecía a concepciones de carácter religioso (como la creencia en el alma del no nacido), lo que no es recomendable imponer a todos los miembros de una sociedad pluralista. Finalmente, se señaló que imponer un sacrificio a la vida de la mujer embarazada era *jurídicamente inexigible*, que el reconocer al *nasciturus* como titular de derecho era dudoso, y que tal regulación no era propia de una Constitución, sino de la legislación penal.

“Como resultado de esta coincidencia de opiniones de la mayoría de los miembros de la Comisión, la propuesta de Jaime Guzmán fue rechazada. Este es el hecho más importante de la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional: la Constitución de 1980 no consagra los

---

<sup>56</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 143 P.

<sup>57</sup> BASCUÑÁN R., ANTONIO. 2004. Op. Cit.

dos principios formulados por Jaime Guzmán, porque no pretende imponer a todos los chilenos la doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica.”<sup>58</sup>

Según señala el propio Bascuñán, el rechazo a la propuesta de Jaime Guzmán se traduce en que el estatus de la vida del no nacido es distinto al de la vida del nacido a los ojos de la Constitución. Así las cosas, la Carta Fundamental no prohíbe atentar contra la vida del *nasciturus* en términos absolutos –como si lo hace con los nacidos–, lo que se traduce en un cierto margen de discrecionalidad en donde el legislador se encuentra autorizado para despenalizar determinadas conductas que atentan contra la vida de este ser.

De esta manera, la correcta interpretación del Art. 19 N°1 de la Constitución según Bascuñán, sería la siguiente: es bastante claro, en virtud de la historia fidedigna, que el constituyente no pretendió otorgar un derecho subjetivo a la vida para el no nacido que sea equivalente al derecho a la vida que tienen los nacidos, sin embargo, si le otorga un mandato de protección. Esta aparente contradicción puede ser explicada por el hecho de que la mayoría de los miembros de la comisión si consideraba que el *nasciturus* debía ser objeto de protección, sin embargo, querían evitar la consecuencia práctica que esto podía acarrear, esto es, la prohibición absoluta del aborto, razón por la cual transforman una norma de origen legal (Art. 75 del Código Civil), en una de rango constitucional, para otorgar un cierto grado de protección a la vida del embrión o feto, grado que sin embargo no es equivalente al de las personas, justamente porque el no nacido no es titular del derecho a la vida que si tienen las personas. Así, el deber de proteger la vida del primero sería más flexible para el Estado que el deber de proteger la vida de los últimos.

“El inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. produce necesariamente el efecto de establecer un deber cuyo destinatario es el legislador. Con esta disposición, la Constitución elevó de rango la disposición respectiva del Código Civil (Art. 75), asegurándole primacía jerárquica frente a disposiciones legales contradictorias. Al elevar de rango el imperativo de protección legal del que está por nacer, ya no puede ser válida una decisión del legislador en orden a desproteger injustificada, arbitraria o absolutamente al *nasciturus*. Con ello se produce un efecto de mayor protección del *nasciturus*, en la medida en que se restringe el ámbito de prerrogativa de decisión del legislador para establecer disposiciones que pudieran implicar una desprotección de su vida.”<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> BASCUÑÁN R., ANTONIO. 2004. Op. Cit. 155 P.

<sup>59</sup> BASCUÑÁN. Op. Cit. 65 P.

Esta razón de carácter histórico, sin embargo, no sería el punto central de la argumentación de este autor. Según su opinión, este antecedente afirma la tesis de la *exigibilidad diferenciada* del deber de abstenerse de matar a un no nacido, y a una persona.

Esta tesis, sostiene básicamente que, en virtud de que el ordenamiento jurídico exige a la mujer el deber de soportar el embarazo, es posible afirmar que existen dos intereses en conflicto: el de la vida del feto, y el de la autonomía de la mujer. El Estado, en este contexto, está obligado por un *mandato de optimización*, no puede simplemente privilegiar los intereses de uno en desmedro del otro, debe buscar el mayor grado de realización para ambos. De esta manera, en opinión del autor, la disposición del antiguo Art. 119 del Código sanitario sería inconstitucional, en virtud de que otorga total preponderancia a la vida del *nasciturus* por sobre el de la embarazada.

En cuanto a la argumentación ontológica, para esta postura no puede haber una identidad entre un embrión y una persona nacida. Tal como se señaló en el capítulo primero, el otorgar el mismo valor a un embrión o feto y a una persona sería falaz, ya que se confundirían estadios que esencialmente son distintos.

Bascuñán señala<sup>60</sup>:

“Puede aceptarse que el valor del estado final de ese proceso —la persona— confiere un valor a su estado inicial —el embrión preimplantacional—. Es decir, que la potencialidad del embrión preimplantacional de llegar a ser indiscutidamente una persona justifica la atribución de valor a su condición de ser vivo. Sin embargo, de lo anterior no se deduce la identidad entre el embrión preimplantacional y el ser humano nacido. Esto es obvio. Todos los árboles y las flores fueron antes una semilla; de ahí no se deduce que las semillas sean árboles o flores. Pretender lo contrario es incurrir en una falacia retrospectiva.”

Finalmente, Rodolfo Figueroa García-Huidobro<sup>61</sup> señala que en virtud de no existir una definición constitucional de persona, debe atenderse a la que entrega el Art. 74 del Código Civil, la cual señala expresamente que la persona principia su existencia legal al nacer:

“Por otra parte, desde el punto de vista de las normas jurídicas vigentes, el Código Civil claramente estipula que la existencia legal de la persona principia con el nacimiento. La doctrina

---

<sup>60</sup> BASCUÑÁN. Op. Cit. 51 P.

<sup>61</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. 2007 “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto.” Valdivia, Chile. Revista de Derecho UACH (2).

mayoritaria no ha proporcionado razones atendibles de por qué habríamos de hacer caso omiso de esas reglas. Una autora titula una sección de su libro “Inconveniencia de aplicar al no nacido el concepto de persona del Código Civil chileno”, pero en ella no proporciona razones constitucionales para apartarse de la definición legal, salvo claro la inconveniencia que esa definición legal implica para su postura personal sobre el tema.””<sup>62</sup>

### **2.13. Postura que afirma la existencia de un derecho a la vida del *nasciturus* en sentido estricto.**

Se podría decir que la doctrina mayoritaria a nivel constitucional en Chile<sup>63</sup> señala que el artículo 19 N°1 de la Constitución Política otorga al *nasciturus* el mismo estatus constitucional que a una persona, razón por la cual se le debería reconocer un derecho a la vida en el mismo sentido que se le reconoce a los individuos nacidos. A continuación revisaremos algunos ejemplos que denotan las premisas centrales de esta tesis.

Hernán Corral<sup>64</sup>, luego de realizar un examen histórico y comparado de cuál es el tratamiento jurídico que se le ha dado al no nacido en épocas pretéritas y legislaciones diversas, concluye que en virtud de la información entregada por los descubrimientos científicos se puede afirmar que desde el momento de la concepción el *nasciturus* es un ser humano. En virtud de esto, sería procedente el reconocer *personalidad* en éste individuo, otorgándole la calidad de *persona por nacer*, tal como señala se dispone en el Código Civil argentino.

Arturo Fermandois<sup>65</sup>, en idénticos términos que Corral, introduce su argumento haciendo referencia a la información científica que demostraría que la vida humana tendría su comienzo en el momento de la concepción. Luego, realizando una interpretación del texto constitucional, afirma que las disposiciones del artículo 19 N°1, y en particular el N° 2, importarían un mandato al legislador de proteger la vida del no nacido: “El severo lenguaje empleado en este artículo se estructura de manera claramente finalizada hacia un sentido protector del que “está por nacer”,

---

<sup>62</sup> FIGUEROA, Op. Cit. 118 P.

<sup>63</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 143 P.

<sup>64</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 1989. "Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer", *Revista de Derecho*, PUCV, XIII. 33-50 P.

<sup>65</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO. 2004. "La píldora del día después: aspectos normativos", *Estudios Públicos* N° 95. 91-118 P.

también llamado *nasciturus*. Tal como en otras disciplinas jurídicas se habla del “mejor interés del menor”, o del principio pro operario, o también pro reo, en el derecho constitucional el Artículo 19 N° 1 de la CPR es el fundamento de otro fuerte principio protector, ciertamente del más alto estatus constitucional, sobre la vida del que está por nacer.”<sup>66</sup>

José Luis Cea Egaña<sup>67</sup>, señala que del análisis de la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional, no se puede extraer conclusión alguna, sino simplemente opiniones individuales. Luego, haciendo referencia al humanismo y a los derechos humanos, señala que es imposible desconocer el derecho a la vida del que está por nacer. De ahí que la regulación vigente hasta el año 2017 sea totalmente coherente con la Carta Fundamental, en opinión de este autor. En efecto, señala que el aborto terapéutico se hace innecesario en virtud de los avances de la ciencia médica, y que en la práctica servía para abusar del derecho.

Luis Rodríguez Collao<sup>68</sup>, señala que la Constitución equipara el estatus de personas nacidas y no nacidas, al otorgar de manera expresa un derecho a la vida en favor del no nacido. Además de este derecho, sostiene también se le otorgaría un derecho a la integridad física y psíquica, en virtud de lo señalado por el artículo 1° y especialmente el 5° de la norma fundamental. Ya que el *nasciturus* es un ser humano, el ordenamiento le reconoce todos los derechos que nacen de tal calidad.

Por otro lado, señala que la nomenclatura utilizada por el artículo 74 del Código Civil “debe entenderse que está regulando pura y simplemente el inicio legal de los derechos civiles que regla este Código y no afecta a los derechos naturales de la persona-embrión.”<sup>69</sup>

Finalmente, este autor concluye que en virtud de la equiparación de estatus entre personas nacidas y no nacidas que a Constitución efectúa, no es razonable negar la procedencia de causales de justificación para el aborto (tal como en el homicidio). Sin embargo, esto implica negar de plano cualquier referencia a sistemas abortivos de plazo y a indicaciones diferentes a la terapéutica. Además, sostiene que en virtud de la infrecuencia de la necesidad de interrumpir embarazos para salvar la vida de la madre, y para evitar abusos, no se hace aconsejable establecer la licitud genérica de dicha causal, sino simplemente tratar la situación como una causal de exculpación.

---

<sup>66</sup> FERMANDOIS, 2004. Op. Cit. 102 P.

<sup>67</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 2012. “Derecho constitucional chileno” Tomo II, 2° edición. Ediciones Universidad Católica de Chile. 103-116 P.

<sup>68</sup> RODRIGUEZ COLLAO, LUIS. 1991-1992. “El delito de aborto frente a la Constitución de 1980” Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XV. 369-387 P.

<sup>69</sup> RODRIGUEZ. Op. Cit. 381 P.

## 5. Derecho constitucional comparado

El presente apartado busca entregar una noción general acerca de la discusión constitucional a nivel comparado. Es importante conocer cuáles son los derechos que se consideran en conflicto, y cuál es la solución que según las magistraturas que se analizaran, es la correcta.

Para esto nos basaremos en lo expresado por el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>70</sup> en un texto que confecciona para dar una revisión a este tema, donde se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica y del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana.

### 2.14. La posición de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

La pregunta central en esta Corte es si el Estado puede prohibir absolutamente la práctica de un aborto consentido, partiendo de la base que la mujer goza del derecho de autodeterminarse reproductivamente.

El caso que da inicio a la discusión es el de *Roe vs Wade*. La Corte Suprema señala en primer lugar que existe un derecho constitucional a la autonomía reproductiva de la mujer embarazada. A la vez, identifica causas que pudieran justificar una prohibición de interrumpir un embarazo, tales como: (a) el interés en evitar intervenciones médicas riesgosas para la embarazada y (b) el interés en proteger la vida del embrión o feto.

En cuanto al primer punto, este interés se vuelve apremiante según la Corte cuando el riesgo de practicar un aborto supera el riesgo común envuelto en cualquier embarazo.

En cuanto al segundo, este interés se vuelve apremiante cuando el feto se vuelve apto para la vida extrauterina independiente. Esto es así debido a la existencia de distintas opiniones acerca del inicio de la vida humana, razón por la cual sería inadecuado fijar este punto por ejemplo en el

---

<sup>70</sup> BASCUÑÁN R., ANTONIO. 2001. "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el Derecho Constitucional Comparado", Santiago de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista de Derecho Público, (63).

momento de la concepción. Por el contrario, se señala que el inicio del tercer trimestre de embarazo es un punto apto para establecer esta diferencia, dada la menor controversia al respecto.

“Efectuadas estas consideraciones, el resultado de la ponderación de intereses en conflictos es la “regla de los trimestres”. Conforme a esta regla, antes de terminar el primer trimestre de embarazo, el Estado no puede restringir el derecho de la mujer a abortar: la decisión debe quedar entregada a ella, en el contexto de su relación de paciente con el médico que realiza la conducta. Durante el segundo trimestre, el Estado puede intervenir regulando la práctica del aborto, cuando ello sea necesario en función de la protección de la salud y la vida de la mujer embarazada. A partir del inicio del tercer trimestre, el Estado puede incluso prohibir el aborto consentido para proteger la vida del *nasciturus*, salvo en los casos en que, según el diagnóstico médico, el aborto sea necesario para la preservación de la salud o la vida de la madre.”<sup>71</sup>

El último caso analizado, que fija la posición final de la Corte Suprema Federal, es el de *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs Casey*. Aquí, donde se debatía acerca de la constitucionalidad de una regulación establecida en el estado de Pennsylvania, relativa a deberes de información y consentimiento de terceros, el tribunal sigue sosteniendo el punto fundamental de la posición que se marca en *Roe vs Wade*, esto es, el derecho constitucionalmente protegido de la autonomía reproductiva de la mujer, y la inexistencia de un derecho constitucional a la vida del *nasciturus*.

Sin embargo, la posición de la Corte sí sufrió cambios: se elimina el criterio de los trimestres, pasando a adoptarse aquel basado en el concepto de “carga indebida”. Así, existiendo un derecho constitucional a abortar para la mujer embarazada hasta la viabilidad extrauterina del feto, también es cierto que existe un interés del estado en resguardar la vida del *nasciturus* antes de este hito, en todo caso, de menor peso que el primero. De esta manera, es legítimo para el Estado establecer procedimientos que busquen desincentivar la práctica de abortos previos a la viabilidad, con el límite del establecimiento de una “carga indebida”, es decir, aquella que impone un “obstáculo substancial”, que priva a la mujer de la decisión final.

---

<sup>71</sup> BASCUÑÁN, 2001. Op. Cit. 214 P.

## 2.15. La posición del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana.

El primer caso donde esta magistratura se pronuncia acerca de la constitucionalidad del aborto, fue en 1972. Aquí se introducía una reforma el Código Penal alemán, que pretendía establecer un sistema de plazos con consejo forzoso.

A diferencia del caso norteamericano, en opinión del Tribunal Constitucional, la vida del *nasciturus* sería un bien jurídico protegido constitucionalmente, siendo problemática la pregunta acerca de si es constitucional que el estado no penalice o permita la práctica de un aborto.

El Tribunal sostiene por otro lado que al proteger la vida del *nasciturus* se está afectando la autonomía de la mujer, sin embargo razona que este derecho no genera el efecto de obligar al Estado a abstenerse de brindar una protección activa sobre la vida del no nacido. Esto sería así en virtud de que a partir del día catorce de gestación, se puede afirmar que ese embrión es un ser humano, que goza de la dignidad propia de los humanos, por lo cual la defensa de este derecho se hace incompatible con el derecho de autodeterminación de la embarazada, decidiéndose finalmente por el primero.

Sin embargo, se señala que esta ponderación de intereses se ve alterada en el momento en que las circunstancias de la preñez cambian, y la carga impuesta a la mujer supera el estándar normal de cualquier embarazo, situación en la cual sería inexigible para ésta el deber de seguir sobrellevando este proceso. Estas circunstancias estarían comprendidas por: (a) el caso en que el embarazo representa un peligro para la salud o la vida de la madre, (b) cuando el embarazo es producto de una violación, (c) cuando la vida del feto es inviable extrauterinamente, y (d) cuando la mujer se encuentra en un estado de necesidad general.

A pesar de esto, el Tribunal Constitucional afirma que de las conclusiones expuestas no se sigue necesariamente que la manera en que el Estado deba resguardar la vida del embrión o feto sea mediante la utilización del derecho penal.

El siguiente pronunciamiento que tuvo el Tribunal Constitucional Federal, fue a la hora de la dictación de la Ley de Asistencia a la Familia y la Mujer Embarazada de 1992, la cual nace producto del deber de uniformar la regulación de la materia luego de la unificación alemana.



En esta decisión, la magistratura reafirma el punto de que es deber del estado brindar protección a la vida del no nacido, razón por la cual declara inconstitucional la norma aprobada por el *Bundestag*, que establecía un sistema de plazos con consejo forzoso, promoviendo así la decisión autónoma de la mujer. El Tribunal, en virtud de sus potestades de ejecución, también fija este mismo sistema. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el poder legislativo, no considera la aplicación de este procedimiento (fuera de los casos de inexigibilidad) como una acción justificada, sino que como una acción antijurídica pero no sancionada mediante el derecho penal.

Para cerrar, nos parece adecuado citar lo señalado por Bascuñán:

“En un principio, estos tribunales adoptaron tesis constitucionales totalmente contrapuestas. La CS sostuvo que la Constitución impedía despenalizar totalmente el aborto consentido por la mujer embarazada, y el TCF sostuvo que la Constitución impedía despenalizar totalmente el aborto consentido por la mujer embarazada. Al cabo de veinte años, y sin abandonar las premisas esenciales de su decisión original, ambos tribunales han venido a encontrarse en un mismo punto: la admisión de la constitucionalidad del modelo de plazo con consejo forzoso. Este es, sin duda, el hecho más importante del derecho comparado en materia de regulación del aborto consentido.”<sup>72</sup>

## 6. La discusión penal

Tal como señalamos en el primer capítulo de este trabajo, hasta el año 1989 en la legislación nacional se establecía que la prohibición del aborto no era absoluta, existían determinadas circunstancias en que realizar esta conducta no traía aparejada una sanción penal, centrándose la discusión doctrinal bajo que categoría de las causales de justificación que contiene el Código Penal eran subsumibles las indicaciones que contenía el Código Sanitario. También analizamos como fue que cambió esta situación con la dictación de la ley 18.826.

Hoy en día, luego de la entrada en vigencia de la ley 21.030, se establece un nuevo ítem de indicaciones que actúan como causales de justificación del delito de aborto. El análisis de esta regulación se tratará en el capítulo siguiente.

---

<sup>72</sup> BASCUÑÁN, 2001. Op. Cit. 211 P.

Teniendo en cuenta que el propósito de este trabajo es realizar una crítica a la regulación actual de este tópico, se hace necesario revisar cual fue el debate que se llevó a cabo en el período comprendido entre el año 1989 y el 2017. En este lapso de tiempo, tal como ya señalamos, la interrupción del embarazo se encontraba casi totalmente prohibida (sólo atenuada por la aplicación de la doctrina del doble efecto), por lo cual la dogmática penal discutía acerca de la existencia de alguna causal de justificación que surgiera de la aplicación de los principios generales del Derecho Penal.

#### **2.16. Postura que admite la existencia de causales de justificación**

La postura mayoritaria en el ámbito del derecho penal, sostenía que a pesar de la redacción del Art. 119 del Código Sanitario, interrumpir consentidamente el embarazo de una mujer, en el contexto de un aborto terapéutico, se encontraba justificado.

Así, Mario Garrido Montt hace referencia a la aplicación de la *lex artis médica* para efectos de tener la acción como permitida, “considerando tal situación conforme a los principios generales que rigen la tipicidad y la antijuridicidad”<sup>73</sup>.

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez<sup>74</sup>, sostienen una tesis parecida. Basándose en una declaración del Colegio Médico de Chile, del año 2003<sup>75</sup>, estos autores señalan que en aquellos casos a que se refiere la declaración, la práctica de un aborto sería realizada conforme a la *lex artis*, pudiéndolo clasificarlo como un “ejercicio legítimo de una profesión”, establecido en el Art. 10 N° 10 del Código Penal. A su vez, señalan que la redacción del entonces Art. 119 del Código Sanitario era una mera reiteración de la prohibición del Art. 345 del Código Penal, que no impide la aplicación de las reglas generales que conducen al Art. 10 N° 10 ya señalado. La conclusión de este razonamiento sería la siguiente:

“En definitiva, que ya no existe una justificación *especialmente regulada*, no excluye la aplicación de las reglas generales, sino simplemente obliga a apreciar si en el caso concreto se dan los

---

<sup>73</sup> GARRIDO MONTT, MARIO. 2010. “Derecho penal. Parte especial”. 4° edición, Tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

<sup>74</sup> POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, 2004. Op. Cit.

<sup>75</sup> Esta declaración sostiene básicamente que existen casos médicos excepcionales en los cuales se hace necesario interrumpir el embarazo como medida terapéutica.

extremos en que, conforme a la *lex artis*, se encuentra indicada la interrupción del embarazo como procedimiento terapéutico”<sup>76</sup>.

Etcheberry<sup>77</sup>, en términos similares, señala al Art. 10 N° 10 del Código Penal como la causal de justificación aplicable al aborto con fines terapéuticos, siempre y cuando, sea única y exclusivamente con una modalidad curativa (lo que excluye causales diversas tales como la criminológica, o la embriopática), y la mujer haya prestado su consentimiento.

En primer lugar, este autor sostiene su postura invocando la redacción del Art. 342 del Código Penal, que señala “El que maliciosamente causare un aborto...”. El uso de esta expresión (*maliciosamente*), además del análisis de las actas de la Comisión Redactora del Código Penal, hacen llegar a la conclusión de que ésta comisión justamente tenía la pretensión de excluir la punibilidad de un aborto practicado con la intención de salvar la vida de la madre. Esto es así en razón de que inicialmente el término a emplear era “de propósito”, sin embargo fue sustituido por el ya referido, puesto que efectivamente podría resultar lícito el interrumpir el embarazo de una mujer intencionalmente para salvar su vida, justificándose este cambio en razón de esta circunstancia.

Luego, al comparar las penas asignadas a los delitos contra la vida de las personas, y aquellas que corresponden a los delitos contra la vida del no nacido, se llega a la conclusión de que el ordenamiento jurídico considera más valiosa la vida de las personas, por lo que la vida de la madre prima por sobre la del *nasciturus*.

Por otro lado, el médico asume una posición de garante respecto a su paciente, por lo que si omite realizar alguna intervención que genere la muerte de éste, aquello calificaría como un homicidio por omisión.

Finalmente, el hecho de que la misma ley 18.826 contemple en su preámbulo casos en los cuales la vida de la madre se encontrará en peligro en virtud de un embarazo, y se señale que en estos casos se deberán aplicar las reglas generales de la legislación penal, no hace sino concluir que se están refiriendo a la causal de justificación del Art. 10 N° 10, ya que esta sería la única aplicable a las profesiones de la medicina. Por lo demás, si esto no fuera así, estos casos excepcionales a los que se refiere el preámbulo no se producirían nunca.

---

<sup>76</sup> POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, 2004. Op. Cit. 97 P.

<sup>77</sup> ETCHEBERRY, 1998. Op. Cit.

Para Etcheberry, el único caso donde serían aplicables estas reglas es aquel en el cual la vida de la madre está en peligro. Incluso si el embarazo pone en riesgo su salud, por regla general no se encontraría justificado interrumpirlo ya que los razonamientos aplicados anteriormente serían fútiles.

Por último, resta analizar lo sostenido por Antonio Bascuñán Rodríguez. Esta autor presenta una crítica a lo que considera una *coincidencia encubierta* entre la doctrina constitucional mayoritaria y la doctrina penalista que afirma la existencia de causales de justificación especiales para el aborto.

“En la medida en que la doctrina penal entiende que el aborto terapéutico es el caso en que la presencia del feto implica un peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada, reduce el ámbito de justificación del aborto consentido a un caso infrecuente y normativamente indiscutible.

Frente a esa justificación mínima del aborto consentido, la otra postura advierte su improcedencia práctica atendiendo a consideraciones de subsidiariedad, es decir, advirtiendo que la medicina puede controlar por lo general el peligro sin necesidad de sacrificar la vida del feto.

En otras palabras, la doctrina pretendidamente favorable a la preponderancia de los intereses de la mujer embarazada en rigor no hace más que formular, como un reclamo progresista, aquello que no preocupa mayormente a la doctrina adversa a esos intereses. Así pues, más que una discusión por vías paralelas se trata de una coincidencia encubierta.”<sup>78</sup>

Bascuñán sostiene que la alusión al Art. 10 N° 10 del Código Penal como causal de justificación es impreciso, en virtud de que esta norma constituye una *metarregla*. De esta manera, quien pretenda defender esta postura debe identificar en el ordenamiento jurídico alguna norma que permite realizar la acción generalmente prohibida. Esto hace que sea imposible desconocer el antiguo Art. 119 del Código Sanitario, que excluía causales de justificación especiales para el aborto.

Para este autor, la solución no pasa por aplicar una causal de justificación especial, sino que se encuentra en la institución del estado de necesidad defensivo. El embrión o feto que pone en peligro la vida de la madre no “agrede” a esta, ya que es incapaz de acción, razón por la cual no

---

<sup>78</sup> BASCUÑÁN R., ANTONIO, 2004: “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, Revista Derecho y Humanidades, (10).

cabría calificar el hecho como una “agresión ilegítima”, lo que a su vez implica descartar la legítima defensa como justificante. Sin embargo, el embrión o feto es el sujeto que genera desde un punto de vista causal el peligro para la vida de la mujer, (lo que hace descartar la justificación del estado de necesidad agresivo) razón por la cual cabe aplicar la justificación del estado de necesidad defensivo: el feto no agrede a la madre, pero tampoco es extraño al peligro que esta sufre. Una de las consecuencias de aplicar este principio es que se hace posible afectar intereses inferiores o equivalentes a los que se están salvando, razón por lo que se ampararía de esta manera el producir la muerte de un feto para salvar la vida propia.

Esta tesis estaría amparada constitucionalmente en el Art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental, el principio de igualdad ante la ley: “Nadie tiene por qué tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente de peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, con tal que esos intereses tengan un peso específico menor o equivalente al peso específico de los intereses que se protege. Denegar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria.”<sup>79</sup>

### **2.17. Postura que niega la existencia de causales de justificación**

Aquella postura doctrinaria que niega la existencia de causales de justificación en el derecho penal aplicables al delito de aborto, es más bien minoritaria en el contexto nacional. María Magdalena Ossandón Widow<sup>80</sup> entrega una buena muestra de esta perspectiva.

Esta autora desecha la causal de legítima defensa, en virtud de que el feto es incapaz de realizar acción alguna. Del mismo modo, el ejercicio legítimo de un derecho también queda excluido, en virtud de que el ordenamiento jurídico no reconoce el derecho a abortar.

En cuanto al ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo, Ossandón desestima esta postura en términos similares a los ya referidos por Bascuñán, esto es, que el Art. 10 N° 10 del Código Penal no es una causal de justificación en sí, sino una *metarregla*, que obliga al intérprete a identificar una norma que autorice realizar la conducta en principio prohibida, norma que no

---

<sup>79</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 173 P.

<sup>80</sup> OSSANDÓN, 2009. Op. Cit.

existía en aquel momento, sino que todo lo contrario, el Art. 119 del Código Sanitario prohibía cualquier conducta que tuviera como objetivo directo dar muerte al no nacido.

Respecto a la tesis del estado de necesidad defensivo, no se le reconoce valor en razón de que no es claro que sea siempre el *nasciturs* quien genere el peligro para la madre, sino que existen ocasiones en donde es a la inversa: alguna circunstancia propia de la madre hace que la vida del feto corra peligro. Más importante aún es el hecho de que los criterios en base a los cuales se atribuye a un sujeto la creación de peligro no pueden ser meramente causales o naturalísticos, sino normativos. De esta manera, debe haber algún grado de imputación tanto objetiva como subjetiva en la creación del peligro, lo cual en opinión de la autora no se da en la circunstancia en comento.

Finalmente, incluso si no se aceptara lo dicho, a la hora de realizar la correspondiente ponderación de intereses entre la vida del feto y la de la madre, Ossandón señala que en virtud de la máxima de la inviolabilidad de la vida, no es posible hacer un contrapeso entre ambos bienes jurídicos, “pues ante el Derecho toda vida humana tiene el mismo rango y nos admisibles cuantificaciones que sólo conducirían a la inhumanidad”.<sup>81</sup>

Por último, la autora señala que no todas las intervenciones abortivas constituirán un ilícito penal. En primer lugar, aquellas que no tengan como objetivo directo el provocar un aborto, pero se hagan con la finalidad de salvar la vida de la madre, es decir, la aplicación de la doctrina del doble efecto.

En segundo lugar, sostiene que no cabría imputar responsabilidad penal a la mujer en aplicación del Art. 10 N° 9 del Código Penal, que contempla el miedo insuperable como causal de exculpación, lo cual en virtud de los supuestos objetivos en los cuales opera, sería también aplicable al especialista que practica el aborto. Por lo demás, señala, el Art. 10 N° 11 serviría como causal de exculpación aplicable a ambos.

---

<sup>81</sup> OSSANDÓN, 2009. Op. Cit. 357 P.

## **7. Conclusiones de la discusión**

### **2.18. Nivel ontológico**

Tal como ya hemos esbozado anteriormente, nuestra postura en el nivel de discusión ontológica es la siguiente: el embrión o feto, en tanto individuo perteneciente a la especie homo sapiens que existe y depende del organismo de un tercero para su supervivencia, no puede detentar el mismo estatus ontológico que una persona.

El fijar un momento exacto en el cual un embrión o feto se convierte en persona no es objetivamente posible, así como tampoco es posible fijar el momento exacto en el cual se origina “la vida”. Esto es así porque los conceptos de “persona” o “vida”, no son calidades ontológicas o metafísicas en sí mismas, (o al menos, no podemos saber eso más allá de simples especulaciones), sino antes que todo son palabras, convenciones en base a los cuales hemos acordado llamar a determinadas cosas existentes en el mundo material con una cierta denominación. En virtud de esto, es que las palabras admiten cierto grado de subjetividad.

Por ejemplo, podemos saber que un objeto “A”, es una silla, por sus dimensiones, tal como por lo mismo podemos saber que un objeto “B” es un sillón, sin embargo, no podemos distinguir en qué medida exacta una silla adquiere el tamaño suficiente para convertirse en un sillón. La existencia de esta incapacidad sin embargo no obsta a que podamos determinar ciertos hitos a partir de los cuales la calidad ontológica de determinado ser queda fuera de duda.

De esta manera, un ser humano que ha nacido, (usando la terminología del Código Civil), que se ha separado de su madre y ha sobrevivido al menos un momento, es persona. Llegamos a esta conclusión según lo señalado por Mañalich y Engelhardt en el apartado que se dedicó a esta controversia: una solución como ésta reconoce que la calidad de persona se obtiene por la relación entre el nacido y los demás individuos, y toma en cuenta el nacimiento como un hito fácilmente reconocible en un proceso que tiene una naturaleza continua.

Por lo mismo, cualquier argumento que pretenda negar la posibilidad de practicar un aborto en base a que el embrión o feto detentaría un estatus ontológico idéntico al de los nacidos, debe ser desechado. Sólo los individuos que han comenzado su vida independiente son personas, por lo

tanto su vida siempre tendrá una valoración mayor desde un punto de vista moral que la de aquellos que aún no lo han hecho.

### **2.19. Nivel constitucional**

Tal como revisamos, la discusión constitucional giraba en torno a dos puntos centrales: (1) la consideración del estatus jurídico de persona para el *nasciturus* por parte de la Carta Fundamental, y (2) el reconocimiento de un derecho subjetivo a la vida en sentido estricto para el *nasciturus*.

Respecto a (1), concluimos lo siguiente: la Constitución Política de la República de Chile no considera al individuo que aún no ha nacido como persona, en los términos del Art. 55 del Código Civil.

Respecto de (2), concluimos lo siguiente: en concordancia con lo anterior, la Constitución Política de la República de Chile tampoco reconoce un derecho a la vida en sentido estricto para el no nacido, en virtud de que sólo las personas tiene un derecho a la vida en sentido estricto.

Esto es así en razón de los argumentos que entrega la postura minoritaria ya revisada.

En primer lugar, según se desprende de la redacción del artículo 19 de la Constitución Política, los derechos en este artículo enumerados se otorgan a las personas, de ahí que el inciso segundo del numeral primero se vea en la necesidad de explicar que la vida “del que está por nacer”, también se encuentra protegida. Esta explicación es necesaria justamente porque el no nacido no se encuentra comprendido dentro de la categoría de persona. Tal como señala Bascuñán, si la Constitución reconociera esta calidad al *nasciturus*, la norma sería redundante.

Esto no significa que el no nacido carezca de cualquier reconocimiento y valor, sino que simplemente es insostenible señalar que tiene un derecho a la vida en igualdad de condiciones que los nacidos (por lo demás la propia constitución le otorga el derecho a ser protegido por parte del legislador). Al igual que en el contexto alemán, y tal como lo señala Bascuñán, consideramos que la Constitución chilena si considera como un bien valioso de protección la vida del no nacido, más de esto no se desprende que tenga un derecho a la vida en sentido estricto.



Los argumentos de la postura contraria, en general se basan en fundamentos ontológicos. En razón de la consideración del *nasciturus* como individuo de la especie humana, adquiriría los derechos otorgados por la Constitución, en aplicación del Art. 5 de la misma. Esta tesis incluso podría ser considerada como correcta y aun así no significaría un obstáculo para defender nuestra postura.

Efectivamente el Art. 5 ° inciso segundo de la Carta Fundamental señala que el ejercicio de la soberanía se ve limitado por los derechos que emanan de la naturaleza humana, y podemos presumir que esos derechos que emanan de la naturaleza humana están contenidos en la constitución. De esta manera, el Estado debe proteger y promover el derecho que tienen las personas a la vida, y también, por ejemplo, a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Difícil es sostener que el *nasciturus* también tiene derecho a la inviolabilidad del hogar, simplemente porque es un ser humano y este derecho se encuentra consagrado en la constitución. El Estado se encuentra obligado a respetar los derechos que la propia carta fundamental otorga a cada quién, y según lo expuesto, al no nacido le otorga el derecho a ser protegido por el legislador, ni más ni menos.

Nos parece que la solución correcta a esta problemática es la planteada por Bascuñán.<sup>82</sup>Teniendo en cuenta que: (1) en el estado de embarazo entran en colisión dos derechos, el de la autonomía individual de la mujer, y el del feto a recibir protección por parte del legislador, y (2): que el ordenamiento jurídico se inclina por dar preminencia al segundo derecho por sobre el primero, es que se hace necesario hacer una ponderación de intereses, de manera de determinar hasta qué punto el interés en la vida del feto tiene preminencia por sobre el interés en la autonomía individual de la mujer.

La respuesta a esta interrogante debe ser la siguiente: en la medida en que el embarazo represente una carga para la mujer, que sea superior a la carga normal involucrada en cualquier embarazo, el derecho a autodeterminarse supera el derecho que tiene el embrión o feto a recibir protección. Esto es así en aplicación del Art. 19 N° 2 de la carta fundamental, nadie está obligado a servir de medio para proteger los intereses de un tercero (no más allá de lo establecido por la propia carta fundamental), por lo que si los intereses de este tercero implican un detrimento propio superior al convencionalmente aceptado para el embarazo, no estamos obligados a tolerarlo, en virtud de que ante la ley somos todos iguales.

---

<sup>82</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit.

Del mismo modo, nos parece atendible lo señalado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán respecto de la discutible idoneidad de aplicar el derecho penal como medio para sancionar conductas abortivas que se extiendan por sobre el límite permitido por la constitución.

Como ya dijimos, al introducirse el imperativo de brindar protección al que está por nacer en el inciso segundo del artículo 19, la comisión redactora buscaba eliminar la posibilidad de que el legislador desprotegera absolutamente al *nasciturus*. Por otro lado, la mujer que está embarazada ve afectados sus intereses personalísimos en virtud de ese estado, y sin embargo se ve obligada por el ordenamiento a sobrellevarlo, sin haber una justificación jurídica detrás de esta obligación, la cual incluso podría ser considerada arbitraria, violando el Art. 19 N° 2.

Así las cosas, parece adecuado el descartar la utilización del derecho penal para efectos de constreñir a la mujer a cumplir esta obligación que le es impuesta, en virtud de que es desproporcionado que el ordenamiento jurídico aplique las sanciones más severas que detenta, para hacer cumplir un deber que afecta gravemente los intereses personalísimos de la mujer y que no se encuentra debidamente justificado.

## **2.20. Nivel penal**

En caso de que la última tesis no sea aceptada, nos parece que de igual manera la aplicación de las reglas generales del derecho penal permite concluir que la práctica de un aborto consentido no puede constituir una acción delictiva en estos términos.

El caso del aborto cometido con una finalidad terapéutica está fuera de discusión. Tal como se revisó, ya sea apelando a la causal de justificación del Art. 10 N° 10, (la cual en el contexto actual si permite identificar una norma que justifique abortar), o a la institución del estado de necesidad defensivo, en aquellos casos en que el embarazo representa una amenaza para la vida o la salud de la madre, ésta no se encuentra obligada a continuar con el embarazo, y le está permitido interrumpirlo.

Un poco más problemático es el caso de aquellas motivaciones para abortar que sean distintas a la señalada anteriormente. Sin embargo este tipo de indicaciones, tales como la embriopática, criminológica, hoy en día si encuentran una justificación en el ordenamiento que permite excluir

su ilicitud criminal. Efectivamente la *metarregla* del Art. 10 N° 10 del Código Penal nos conduce al Art. 119 del Código Sanitario, permitiendo encontrar una causal de justificación para estas conductas.

Respecto a causas diversas a las señaladas, a pesar de que no se puede admitir una legalidad de la acción, si es posible identificar una norma que excluya la culpabilidad del agente. Esta causal de exculpación sería la contemplada en el Art. 10 N° 9 del Código Penal, esto es, una fuerza irresistible o un miedo insuperable.

Según Politoff, Matus y Ramírez<sup>83</sup>, puede entenderse por fuerza irresistible lo siguiente: “...se trata de un estímulo "de origen externo o interno", que haya producido en el sujeto, por su gravedad e intensidad, una alteración psíquica que conduzca a una profunda alteración de su capacidad de autodeterminación. La presión psíquica no anula enteramente la libertad del hechor, quien podría omitir la conducta ilícita, afrontando las consecuencias, pero ello le es inexigible, ya que su capacidad de decisión libre está reducida a un mínimo.””

En cuanto al miedo insuperable, señalan: “Para que pueda admitirse la inexigibilidad de otra conducta, es preciso una aprensión ante un grave peligro o amenaza, que corresponda por su intensidad al sentido del adjetivo insuperable. El baremo para determinar la insuperabilidad del miedo no ha de ser otro, al igual que en la fuerza irresistible, que el fundamento mismo de la exculpación: la inexigibilidad para el que padece el miedo, en el caso concreto y en sus circunstancias concretas.”<sup>84</sup>

Como vemos, en los casos en que el autor del delito se ve influido por una fuerza externa que implica una alteración de su capacidad psíquica para autodeterminarse, le es inexigible una conducta distinta. Una mujer que puede ver gravemente comprometida su calidad de vida o la de su familia en virtud del estado de preñez, o en cualquier circunstancia del embarazo que implique un grave pesar para su persona, no se encuentra en una posición de autodeterminarse libremente, por lo que una conducta distinta a la de interrumpir el embarazo le es inexigible por el derecho.

Más problemático es el caso de si la causal de exculpación es también aplicable al especialista que practica el aborto. En este sentido, concordamos con la opinión esbozada por Ossandón<sup>85</sup>, en el

---

<sup>83</sup> POLITOFF, SERGIO / MATUS, JEAN PIERRE / RAMÍREZ, MARIA CECILIA. 2003. “Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte general”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 342 P.

<sup>84</sup> POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, 2003. Op. Cit. 347 P.

<sup>85</sup> OSSANDÓN, 2009. Op. Cit. 360 P.

sentido de que a pesar de que el profesional no se vea afectado por el miedo o la fuerza al mismo nivel que su paciente, si le es aplicable la causal de exculpación en virtud de una situación de *fuerza moral*, ya que el médico mantiene una relación contractual con la mujer, en donde se ve obligado a velar por los intereses de ésta, por lo cual una conducta distinta a la de terminar con el estado de sufrimiento y angustia que sufre la embarazada le es igualmente inexigible.

### Capítulo tercero: revisión de la legislación vigente.

En los capítulos anteriores hemos hecho un análisis acerca de la permisibilidad del aborto consentido desde distintas perspectivas, tanto jurídicas como filosóficas, adoptando determinadas conclusiones que ya han sido expuestas.

En lo que resta, corresponde hacer un análisis de la legislación recientemente promulgada, que introduce cambios en la regulación de la materia.

#### 8. Colisión de derechos

Consideramos que el núcleo del problema del aborto consentido, al igual que en el contexto alemán, radica en la colisión de derechos entre la mujer embarazada y el *nasciturus*. Por una parte, la mujer (al igual que todas las personas), es titular de un derecho a autodeterminarse, derecho protegido por la Constitución (Art. 19 N° 4, 6, 7). De igual manera el no nacido es titular del derecho a ser protegido por parte del legislador, (Art. 19 N° 1 inc. 2°), lo que implica que la vida del *nasciturus* posee un cierto valor para el derecho, razón por la cual no puede ser objeto de ataques injustificados.

Tal como señalamos en las conclusiones del capítulo anterior, una correcta interpretación del texto constitucional implica en primer lugar aceptar el hecho de que la mujer se encuentra obligada por el derecho a soportar un aborto que se desarrolla en condiciones normales. En segundo lugar, también se debe admitir que este deber de tolerancia no puede extenderse más allá de los casos en que la preñez tiene éste carácter (condiciones normales). Por último, también conviene concluir el hecho de que la utilización del derecho penal no es el medio idóneo para entregar protección a la vida del no nacido.

En opinión de Bascuñán<sup>86</sup>, la aplicación de un sistema de plazos con consejo forzoso permitiría cumplir con el imperativo constitucional, es decir, aquel modelo en el cual la decisión es otorgada autónomamente a la mujer, luego de haberse entrevistado con algún funcionario representante del Estado, que le señale el hecho de que la práctica de un aborto es un hecho considerado antijurídico, en virtud de que la Constitución obliga al legislador a brindar protección al *nasciturus*.

---

<sup>86</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit.

Además, se le debe entregar información relativa a las ayudas que puede recibir en virtud del embarazo.

A continuación analizaremos la legislación recientemente promulgada, de manera que daremos cuenta que éste no cumple con los estándares correctos que manda la correcta interpretación del texto constitucional.

## 9. Indicación terapéutica

El artículo 119 N°1 del Código Sanitario, señala que se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo cuando: “La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.”

En opinión de Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>87</sup>, una correcta interpretación de la carta fundamental implica que una extensión correcta de esta indicación como justificación de la interrupción del embarazo va más allá de evitar un peligro inminente para la vida de la madre.

Efectivamente, el deber de solidaridad impuesto a la mujer es el de tolerar un embarazo en condiciones de normalidad. Esta obligación cesa en la medida en que se supere el umbral de riesgo inherente a toda situación de preñez. El caso de un peligro inminente para la vida de la madre ciertamente es un caso en donde la continuación de este estado se vuelve inexigible, más evidentemente no puede ser la única. Tal como señala éste autor, en relación a lo establecido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán: “la indicación terapéutica no exige actualidad o inminencia del peligro, ni tampoco la estricta necesidad de la interrupción del embarazo como medio para evitar la concreción de ese peligro. El pronóstico de peligro probable ya implica un traspaso del umbral de afectación de los intereses personalísimos de la mujer que es inherente al embarazo.”<sup>88</sup>

Tal como podemos observar, la actual regulación que ofrece el Código Sanitario limita la concurrencia de la causal terapéutica a la circunstancia del riesgo vital para la madre, más nada señala respecto del peligro probable o futuro que el embarazo puede significar para la mujer.

---

<sup>87</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 174-175 P.

<sup>88</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 175 P.

En ese sentido, consideramos que la redacción del precepto legal, al restringir la aplicación de la indicación terapéutica al peligro de vida inminente para la madre, no satisface los estándares que la propia carta fundamental establece.

## 10. Indicación embriopática

El artículo 119 N°2 del Código Sanitario señala que se justifica la interrupción del embarazo, con el consentimiento de la madre, en el caso de que: “El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.”

En opinión de Bascuñán<sup>89</sup>, la única hipótesis en donde se puede concluir terminantemente que el aborto se encuentra justificado es en la que la patología que se le atribuye al embrión o feto implica una inviabilidad de su vida fuera del cuerpo de la progenitora. En ese sentido, la nomenclatura actual del texto legal sería satisfactoria a la luz de la interpretación dada por este autor, lo cual compartimos.

Según señala éste profesor, la indicación eugenésica<sup>90</sup> responde a un fundamento que no es aceptable. Este fundamento estaría dado por “evitar el nacimiento de seres humanos defectuosos, conforme a algún estándar de calidad.”<sup>91</sup>

Consideramos que la exclusión de esta causal *a priori*, está basado más en un prejuicio<sup>92</sup> que en un análisis acabado de las consecuencias de implementar una regulación de este tipo. Efectivamente, tal como se señaló en el primer capítulo, existe una discusión en torno a la justificación moral de practicar abortos eugenésicos. Nos parece que en el marco de una sociedad democrática y pluralista como en la que nos encontramos, un debate de éste carácter no puede ser desechado de antemano.

---

<sup>89</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 177 P.

<sup>90</sup> Aquella que como se señala en el primer capítulo, consiste en alguna patología que no implica la inviabilidad extrauterina de la vida del nonato.

<sup>91</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 177 P.

<sup>92</sup> Este prejuicio se explica probablemente por la utilización de este tipo de prácticas en regímenes totalitarios tal como el nacionalsocialista alemán, como señala el mismo Bascuñán.

Efectivamente, se podría considerar que el nacimiento de un bebé que presentará graves anomalías físicas y/o psíquicas puede representar una carga especialmente gravosa para la madre, en virtud de los esfuerzos personales y económicos que ésta deberá sobrellevar. Esto a su vez implicaría cumplir con los estándares del *principio de exigibilidad diferenciada* sostenido por Bascuñán, haciendo inexigible de soportar el embarazo en estas circunstancias<sup>93</sup>.

Queremos dejar en claro que esta idea no representa necesariamente nuestra opinión, sino que simplemente sostenemos que es una tesis a la que debe tomarse atención. Un debate tan complejo como este debe llevarse a cabo y no descartarse anticipadamente<sup>94</sup>.

### **11. Indicación criminológica o ético-jurídica**

El artículo 119 N° 3 del Código Sanitario señala que el aborto se encontrará justificado, consintiéndolo la mujer, cuando: “Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.”

Según señala Bascuñán<sup>95</sup>, el fundamento que permite incluir esta causal como una justificación para interrumpir el embarazo está dado en razón de que éste es una consecuencia de un acto sobre el cuerpo de la mujer que no fue consentido por ella. “No es exigible el embarazo que es consecuencia del trato que se ha dado al cuerpo de la mujer como mero objeto. La afectación de la autonomía de la mujer que es inherente al embarazo se ve aquí intensificada exponencialmente por la afectación de su autonomía que dio origen a ese embarazo. Es en este sentido que puede aceptarse la denominación de “indicación ético-jurídica”, es decir, como indicación basada en la afectación de la dignidad de la mujer como agente autónomo.”<sup>96</sup>

Así las cosas, se puede sostener que una indicación formulada a la luz de una interpretación correcta del texto constitucional debería contener todos aquellos casos en los cuales el embarazo

---

<sup>93</sup> Mayores argumentos desde un punto de vista moral son entregados por: KITCHER, PHILIP. 1996. “The lives to come”. New York: Simon and Schuster.

<sup>94</sup> Por lo demás, tal como se indicó en el primer capítulo, esta indicación fue recogida por otras legislaciones, como la española.

<sup>95</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 175-177 P.

<sup>96</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 176 P.



sea producto de un acto coercitivo sobre el cuerpo de la mujer, entre los que se contemplaría evidentemente la violación (tanto propia como impropia), pero también los delitos de estupro, y abusos sexuales que tengan efectos reproductivos. De la misma manera, se incluirían la inseminación artificial y la transferencia de embriones, ambos bajo el supuesto de ser no consentidos.

De esta manera, la limitación de la indicación criminológica a la hipótesis de violación no cumple con el estándar necesario que el fundamento de la causal demanda.

Por otro lado, conviene hacer reparos a la limitación temporal de esta causal. Efectivamente, se señala que esta indicación solo será procedente hasta la semana doce o catorce de embarazo, - dependiendo de la edad de la mujer-, mientras que en la dos restantes no se establece tal restricción.

Esto puede explicarse por el hecho de que probablemente para el legislador aquí no existe una justificación de carácter tal que permita extender el plazo de operatividad de la indicación al mismo punto que la terapéutica y la eugenésica. Efectivamente, la vida de la madre no se encuentra el peligro, y el feto podrá vivir perfectamente fuera del útero, por lo que a simple vista esta causal parecería revestida de una justificación menor, sin embargo, esta visión es errada.

El defecto de este razonamiento está dado por el hecho de analizar la problemática desde el exclusivo punto de vista del *nasciturus*.

La Constitución manda al legislador proteger la vida del no nacido frente a ataques injustificados, contemplando como ataques justificados las indicaciones que se han revisado. Estos ataques se consideran justificados porque, a pesar de atentar contra la vida del nonato, responden a una situación especialmente compleja para la mujer, que implica que la preñez ha sobrepasado el estándar de afectación normal de cualquier embarazo. Cuando esta situación es tal, se considera que no es lícito para el Estado el obligar a la mujer a soportar el embarazo, en virtud de que se reconoce que ésta tiene a su vez derechos e intereses involucrados en dar término a la gravidez. El reconocimiento de estos intereses implica que la perspectiva de los derechos del *nasciturus* no es la única relevante para hacer la ponderación, también lo es la perspectiva de la embarazada.

De esta manera, si el fundamento para poder abortar por esta causal está dado en razón de que el embarazo fue el resultado de un acto realizado contra la voluntad de la mujer, no hay ninguna razón que implique un peso menor de esta justificación: desde la perspectiva de la mujer el

soportar una preñez producto de una violación o soportar una preñez que le genera riesgo vital, no es una situación sustancialmente diferente teniendo como parámetro la afectación de sus derechos e intereses personalísimos.

El considerar esta indicación como de un peso relativo menor, implica necesariamente analizar el problema teniendo en cuenta única y exclusivamente los derechos del no nacido, lo cual evidentemente atenta contra el espíritu de la norma. Si ésta fuera la intención de la ley, la regulación del aborto sería siendo la misma que hasta antes de 2017.

Por estas consideraciones, entendemos que la limitación del plazo en el caso de la causal criminológica no se justifica.

## **12. (La no existente) Indicación socioeconómica**

En opinión de Bascuñán<sup>97</sup>, una indicación de este tipo, basado en la interpretación que entrega el Tribunal Constitucional Federal Alemán, no puede señalarse *a priori* como insuficiente para cumplir con el estándar del *principio de exigibilidad diferenciada*.

Efectivamente, un embarazo puede significar para la mujer una carga económica importante, lo que generaría para ella un grave desmedro de su calidad de vida.

Tal como señala el autor, ésta es una indicación que puede ser considerada admisible por la constitución, pero que no está claro si es impuesta por esta, fundamentalmente en razón del peso específico menor que se le otorga a los derechos de carácter patrimonial que pueda tener la madre frente al derecho del feto a ser protegido por el legislador. Al igual que en el caso del aborto eugenésico, nos parece que una postura democrática correcta implica no desechar de antemano la admisibilidad de esta causal<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 178 P.

<sup>98</sup> Tal como señala el autor, una indicación de este tipo podría reconducirse a la causal terapéutica, en la medida en que la afectación de la calidad de vida de la mujer y su entorno en razón de la preñez produzcan un peligro futuro sobre su salud.

### 13. El sistema de plazos con consejo forzoso

Tal como se señaló anteriormente, en opinión de Bascuñán<sup>99</sup>, la utilización de un sistema de plazos con consejo forzoso<sup>100</sup>, sería una alternativa que permitiría cumplir con el mandato constitucional de brindar protección a la vida del *nasciturus*, y atender de una manera satisfactoria los intereses de la mujer.

Este sistema consiste en que durante un determinado lapso de tiempo, la mujer se encuentra autorizada –o al menos no se la penalizará– para llevar a cabo un aborto. Sin embargo, es necesario que previamente a esto se entreviste con algún agente o representante del Estado que le informe acerca de cuáles son las alternativas que existen a la interrupción del embarazo, la ayuda social que podría recibir en caso de continuarlo, las posibilidades de adopción, los programas de acompañamiento, etc., de manera, que pueda tomar una decisión informada y responsable<sup>101</sup>.

Esta alternativa es satisfactoria en virtud de que el Estado toma control sobre la práctica de abortos, y utiliza herramientas argumentativas y de información para intentar persuadir a la mujer de continuar con su embarazo. De la misma manera, se satisface el derecho de la mujer a decidir de manera autónoma acerca de una situación que afecta sus derechos e intereses personalísimos.

Evidentemente que la utilización de este sistema implica descartar el uso del derecho penal como factor disuasivo para evitar la práctica de abortos.

Tal como señala el mismo Bascuñán, queda pendiente la interrogante de si ésta norma implicaría una autorización o simplemente un caso de impunidad. Las consecuencias prácticas de esto son evidentes: dependiendo de uno u otro caso, el celebrar actos y contratos y el incluir al sistema público de salud tendrán o no un objeto ilícito según la respuesta. Para poder satisfacer esta interrogante, es necesaria una reforma legal.

---

<sup>99</sup> BASCUÑÁN, 2004. Op. Cit. 178-179 P.

<sup>100</sup> El mismo autor, sin embargo, se pregunta acaso si el sistema de plazos sin consejo forzoso puede ser una alternativa aceptable constitucionalmente, teniendo en cuenta que esta es la posición de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>101</sup> No queda claro si esta entrevista tiene una finalidad disuasiva respecto a la práctica del aborto, o si es simplemente informativa.

## Conclusiones

La reforma legal de la regulación del aborto promulgada en el año 2017 evidentemente fue un avance, y era necesaria en virtud de su estado inmediatamente anterior. El pretender prohibir interrumpir embarazos de manera casi absoluta, atentaba contra los derechos de las personas que la misma Constitución Política consagraba.

Sin embargo, es necesario que el debate continúe, y que la legislación siga evolucionando.

Desde el comienzo de la modernidad, los Estados progresivamente han reconocido derechos individuales para sus ciudadanos, respetando cada vez más las libertades de las personas, en el entendido de que cada uno tiene derecho a llevar la vida que considere adecuada para sí. Sin embargo no es posible negar que grupos numerosos de la comunidad han visto retrasado este avance en materia de derechos y libertades. Minorías sexuales, étnicas o religiosas, no han participado del reconocimiento que gozan otros. Tampoco las mujeres, en aspectos como este.

Así las cosas, consideramos que una discusión democrática y libre de fantasmas religiosos implica considerar las reformas que hemos señalado en éste último capítulo, en el entendido de que son la mejor manera para compatibilizar la problemática colisión de derechos que implica el aborto.

Es bastante probable que el centro de gravedad de la discusión se desplace hacia la liberalización de conductas. Tal como en el pasado discutimos si es posible abortar un feto que pone en peligro la vida de su madre, como ahora nos preguntamos si es correcto interrumpir un embarazo de una joven pobre que no está preparada ni económica ni emocionalmente para estar a cargo de otra persona, la interrogante cambiará en el futuro. Probablemente consistirá acerca de si el Estado tiene el derecho de obligar a las mujeres a mantener embarazos y dar a luz a niños, aún contra su voluntad, sin importar el motivo.

Efectivamente, la pregunta acerca de si es sostenible mantener la prohibición general de abortar para las mujeres es la discusión que se está comenzando a incubar en nuestra sociedad. Sin duda la consecuencia de este debate será mucho más trascendente que las reformas que pueda sufrir el Código Sanitario o Penal, probablemente implicará cambios a nivel constitucional.

La manera en que entendemos el respeto que debe dársele a la libertad que tenemos sobre nuestros cuerpos evidentemente está al debe en el caso de las mujeres. Patrones culturales como el acoso o abuso sexual, la desigualdad de ingresos respecto a los hombres, y por cierto la obligación que tiene las mujeres de abstenerse de interrumpir un embarazo que no desean sobrellevar, son una muestra clara de la desigualdad de género.

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República señala que en Chile no hay grupos privilegiados, y todos somos iguales ante la ley. Pretender obligar a una persona a hacer su cuerpo servil a los intereses de otro, utilizándolo tal como si fuera una incubadora, evidentemente contradice este principio.

Hacerse cargo de este problema, es la tarea del futuro.

## 14. Bibliografía

- ABORTION ACT 1967 [en línea] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents>.
- ACT ON COUNSELLING AND EDUCATION REGARDING SEX AND CHILDBIRTH AND ON ABORTION AND STERILISATION PROCEDURES [en línea] <[https://www.government.is/media/velferdarraduneyti-media/media/acrobat-enskar\\_sidur/Act-on-counselling-and-instruction-etc-No-25-1975-as-amended-2017.pdf](https://www.government.is/media/velferdarraduneyti-media/media/acrobat-enskar_sidur/Act-on-counselling-and-instruction-etc-No-25-1975-as-amended-2017.pdf)>
- BASCUÑÁN R., ANTONIO: “Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el Derecho Constitucional Comparado”, XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista de Derecho Público, Vol. 63, Santiago, 2001.
- BASCUÑÁN R., ANTONIO: “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, Revista Derecho y Humanidades, N°10, 2004.
- BASCUÑÁN R., ANTONIO: “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en Estudios Públicos N°95, 2004.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “Historia de la Ley 18.826. Sustituye artículo 119 del Código Sanitario” [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37418/1/HL18826.pdf>
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 2012. “Derecho constitucional chileno” Tomo II, 2° edición. Ediciones Universidad Católica de Chile. 103-116 P.
- CODE PÉNAL[en línea] <[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&table\\_name=loi&cn=1867060801](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801)>

- CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 1989. "Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer", Revista de Derecho, PUCV , XIII. 33-50 P.
- CURY URZÚA, ENRIQUE. 1992. "Derecho Penal. Parte General", Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3° Ed.
- D.A. JEREMY TELMAN. 1998. "Abortion and Women 's Legal Personhood in Germany: A Contribution to the Feminist Theory of the State" 24 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 91.
- ENGELHARDT, HUGO TRISTAM. 1974. "The Ontology of Abortion", Ethics, [en línea] [http://www.jstor.org/stable/2379955?read-now=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/2379955?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents)
- ESER, ALBIN: "Reforma a la regulación Alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado", Nuevos Horizontes en la ciencia penal, Buenos Aires, 1999.
- ETCHEBERRY, ALFREDO: "Derecho Penal: parte especial", tomo tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- EUROPEAN COMMISSION: GERMAN CRIMINAL CODE. [en línea] < [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal\\_code\\_germany\\_en\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf)>
- FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO. 2004. "La píldora del día después: aspectos normativos", Estudios Públicos N° 95. 91-118 P.
- FERRATER MORA, JOSÉ. "Diccionario de Filosofía abreviado", Buenos Aires, Editorial Sudamericana. 1970.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. 2007 "Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto." Valdivia, Chile. Revista de Derecho UACH (2).
- FOOT, PHILIPPA. 1967. "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect", [en línea] Oxford Review, no.5, <http://www2.pitt.edu/~mthomps/readings/foot.pdf>
- GARRIDO MONTT, MARIO. 2010. "Derecho penal. Parte especial". 4° edición, Tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

- HOERSTER, NORBERT. 1991. "Atreibung im säkularen Staat". Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
  
- HORVITZ, MARÍA INÉS/ SOTO, MIGUEL. 2007. "Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia", Revista de Estudios de Justicia, (9).
  
- KITCHER, PHILIP. 1996. "The lives to come". New York: Simon and Schuster.
  
- LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPTIÓN INVOLUNTARIA DEL EMBARAZO. [en línea] < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>>
  
- LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO, DE REFORMA DEL ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO PENAL. [en línea] < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>>
  
- MAÑALICH, JUAN PABLO. 2014. "La permisibilidad del aborto como problema ontológico", Revista Derecho y Humanidades, N°23.
  
- MIRANDA, ALEJANDRO. 2008. "El Principio del Doble Efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", Revista Chilena de Derecho (9). 485-519 P.
  
- MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA. 2005. "Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo". En Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.
  
- NACIONES UNIDAS. [en línea] < <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/doc/denmar1.doc>> [consulta: 16 de mayo de 2018].
  
- NACIONES UNIDAS. [en línea]: < <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/doc/sweden.doc>>



- OSSANDÓN W., MARÍA MAGDALENA. 2012. "Aborto y justificación", Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N°2, Santiago de Chile.
- POLITOFF, SERGIO / MATUS, JEAN PIERRE / RAMÍREZ, MARIA CECILIA. 2004. "Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte especial", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- POLITOFF, SERGIO / MATUS, JEAN PIERRE / RAMÍREZ, MARIA CECILIA. 2003. "Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte general", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- PROTECTION OF LIFE DURING PREGNACY ACT [en línea] <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/35/enacted/en/pdf>> [consulta: 21 de mayo de 2018].
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN. 2015. "Derecho Penal Español. Parte Especial." *Tirant Lo Blanc*, 7° edición, volumen I.
- RADIO BÍO BÍO [en línea]<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/08/14/ley-de-aborto-gobierno-revela-mas-de-300-mil-interrupciones-en-ultimos-11-anos-en-chile.shtml> [consulta: 25 de abril de 2018].
- RODRIGUEZ COLLAO, LUIS. 1991-1992. "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980" Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XV. 369-387 P.
- SELGELID, Michael J. 2004. "¿El aborto para la Prevención de las Imperfecciones Humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales." Revista de Filosofía, (31).
- TOOLEY, MICHAEL. 1972. "Abortion and Infanticide". *Philosophy of Public Affairs* (2). 37-65 P