



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**ANÁLISIS DE LA INDICACIÓN DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
INTRODUCIDA POR LA LEY N° 21.030 EN EL ARTÍCULO 119 N° 2 DEL CÓDIGO
SANITARIO, DENOMINADA “ABORTO EMBRIOPÁTICO”**

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

TOMÁS FELIPE LABBÉ BRITES
PROFESOR GUÍA: JAVIER CONTESSE SINGH

Santiago, Chile

2018

*A Juani, artífice de este proyecto,
a mis colegas por su incisivo apoyo
y a mi madre por sus infinitos amor y paciencia.*

ÍNDICE

ÍNDICE	v
RESUMEN	vii
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
I. EL DELITO DE ABORTO A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	3
a. El delito de aborto en el Código Penal, el Código Sanitario, la doctrina y la jurisprudencia	3
b. Evolución histórica del aborto considerando la legislación sanitaria y penal hasta la entrada en vigencia de la ley 21.030.....	11
II. SEGUNDA CAUSAL DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO SANITARIO. CONTRASTE ENTRE LA CAUSAL EMBRIOPÁTICA Y LAS TERAPÉUTICA Y ÉTICO-JURÍDICA	15
a. Cambios introducidos por la ley 21.030.....	15
b. Las causales terapéutica y ética	16
c. La causal embriopática	19
d. Diferencias y semejanzas del aborto embriopático con las indicaciones terapéutica y ética	22
III. EL ABORTO EMBRIOPÁTICO EN EL DERECHO COMPARADO	25
a. Panorama actual a nivel global	25
b. El aborto embriopático en el derecho alemán	27
c. El aborto embriopático en el derecho español	30
IV. REVISIÓN Y CRÍTICA DE LOS FUNDAMENTOS QUE PUEDA TENER EL ABORTO EMBRIOPÁTICO	35
a. Integridad física y psíquica de la mujer embarazada con un feto inviable	36
b. El deber de solidaridad de la mujer embarazada respecto al feto	38
c. Inviabilidad de la vida extrauterina y derecho a la vida del feto.....	40
V. ANÁLISIS DE LA INDICACIÓN EMBRIOPÁTICA DENTRO DEL ESQUEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DELITO DE ABORTO	45
a. En relación a la mujer que consiente en el aborto embriopático.....	45
b. En relación a los profesionales de la salud involucrados en la intervención	48
VI. REQUISITOS FORMALES Y SUSTANCIALES PARA LA APLICACIÓN DEL ABORTO EMBRIOPÁTICO	51
a. Consentimiento previo y escrito de la mujer embarazada	51

b. Intervención del equipo médico en el aborto embriopático	53
c. Patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.....	55
d. Elementos adicionales en torno al aborto embriopático.....	57
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA	61

RESUMEN

El presente trabajo revisa la reforma introducida por la Ley N° 21.030 en el N° 2 del artículo 119 del Código Sanitario. Dicha ley estableció un modelo de causales que autorizan la realización de abortos voluntarios (consentidos por la mujer embarazada) en las situaciones en ella descritas. En especial, el N° 2 del artículo 119 del Código Sanitario estableció el denominado aborto embriopático, procedente en casos de inviabilidad fetal y que constituye una figura inédita en el derecho chileno. De ahí que su análisis sea de gran interés para determinar la forma en que la ley ha recogido esta causal, ya existente en el derecho comparado, y su eventual aplicación práctica. Con este objetivo, este trabajo primero estudia la situación del delito de aborto previo a la reforma mencionada, para luego estudiar los cambios realizados por la misma. Luego, se analiza el aborto embriopático en detalle, en comparación con las otras causales introducidas y con especial énfasis en el derecho comparado, en un intento de definir sus alcances dentro de la legislación nacional. Por último, se discuten sus fundamentos, se postula una interpretación sobre el rol de esta causal abortiva en el esquema de responsabilidad y se revisan sus requisitos de procedencia.

ABSTRACT

This paper reviews the reform introduced by Law No. 21.030 in No. 2 of Article 119 of the Health Code. This law set forth a model of grounds that authorize voluntary abortions (consented to by the pregnant woman) in the situations described therein. In particular, article 119, No. 2, of the Health Code established the so-called embryopathic abortion, which applies in cases of fetal non-viability and constitutes an unprecedented concept in Chilean law. Hence, its analysis is of great interest in determining the manner in which the law has included this concept, already existing in comparative law, and its eventual practical application. To this end, this paper first studies the situation of the crime of abortion prior to the aforementioned reform, and then studies the changes introduced by it. Then, embryopathic abortion is analyzed in detail, in comparison with the other grounds established and with special emphasis on comparative law, in an attempt to define its scope within national legislation. Finally, its foundations are discussed, an interpretation is postulated on the role of this abortive ground in the liability attribution scheme and its applicability requirements are reviewed.

INTRODUCCIÓN

En materia de aborto, Chile se encontraba, hasta hace poco, en un estadio muy anterior cuando se lo comparaba con la mayoría de países que, con diversos márgenes de amplitud, permiten el aborto. En efecto, antes de la entrada en vigencia de la ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales¹ y que modificó los Códigos Sanitario y Penal, el aborto siempre era penado por la ley chilena. De esta manera, Chile era uno de los pocos países donde el aborto se prohibía en todos los casos²⁻³.

El esquema nacional cambió con la incorporación de la ley 21.030 al ordenamiento jurídico chileno, mediante la cual se establecieron tres causales en función de las cuales el aborto voluntario no es penado. De esta forma, el Estado chileno optó por un sistema de indicaciones específicas para la autorización del aborto, en lugar de la alternativa de los plazos⁴, vigente en el derecho comparado⁵.

La discusión de esta ley, cuando aún era un proyecto, generó grandes polémicas entre los sectores conservadores y aquellos que defendían la iniciativa. El tema marcó la agenda nacional por mucho tiempo; de hecho, hasta la fecha de este trabajo, todavía hay conflictos en relación a cómo se debe regular la aplicación de la ley, en particular, en relación a la objeción de conciencia institucional⁶.

A pesar de las críticas que puedan hacerse a la ley 21.030 y su aplicación (en particular, tras su paso por el Tribunal Constitucional), la despenalización del aborto supuso un avance importante en

¹ Publicada en el Diario Oficial el 31 de septiembre de 2017, misma fecha en que entró en vigencia.

² Los otros países donde no se permite abortar bajo ninguna circunstancia son: El Salvador, Nicaragua, Malta y El Vaticano. Así se señala en el mensaje presidencial N°1230/362 de 31 de enero de 2015 que contiene el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Véase también la infografía preparada por el Centro de Derecho Reproductivos en relación a Leyes sobre aborto en el mundo de 2014, disponible en <https://www.reproductiverights.org/es/document/leyes-sobre-aborto-en-el-mundo-de-2014>.

³ Esto, sin perjuicio de la causal de justificación construida en relación al aborto terapéutico, según se señalará.

⁴ De acuerdo a este sistema, la mujer puede abortar sin necesidad de justificación dentro de un cierto periodo de gestación.

⁵ Este sistema ha sido acogido en países como Alemania, España y Estados Unidos, entre otros. Sin embargo, en el caso de Alemania y España, también se reconocen indicaciones abortivas, de modo que corresponden, más precisamente, a sistemas mixtos.

⁶ El 9 de mayo de 2018, la Contraloría General de la República, por medio de un dictamen, declaró que el instructivo emitido por el Ministerio de Salud en relación a la objeción de conciencia no se ajustaba a derecho.

materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer y vino a solucionar, al menos en parte, una demanda social acuciante. Tras casi diez meses de vigencia, 359 abortos se han llevado a cabo amparados por las causales ahora consagradas en la ley. De estos, 114 casos corresponden a la segunda indicación, la llamada indicación embriopática⁷, el tema central de este trabajo.

De las tres causales contempladas en la ley que despenalizó el aborto, la embriopática puede ser, quizás, la menos difundida y, por ello, la menos comprendida⁸. Si bien antes de la ley N° 21.030 el aborto se prohibía en todos los casos, la causal terapéutica ya había tenido reconocimiento legal y, en la práctica, la mayoría de los autores la seguía considerando una causal de justificación⁹. Por su parte, la causal ética o criminológica, en el caso de violación, ha sido comunicada y discutida latamente, aunque haya sido, principalmente, para revisar la posibilidad de abusar de la figura (el temor de algunos era que se mintiera sobre el delito de violación, de modo de recurrir al aborto de forma fraudulenta, operando como un sistema de plazos en la práctica).

Por ello, resulta de gran interés revisar la causal embriopática, consagrada en el N° 2 del artículo 119 del Código Sanitario, para efectos de entender su real alcance e intentar delimitar los márgenes de su aplicación práctica.

La estructura de esta investigación comienza con un estudio del delito de aborto en Chile desde una perspectiva principalmente histórica, dando cuenta de su evolución y del trato que ha recibido por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Luego, se analizan los cambios introducidos por la ley 21.030, contrastando las causales terapéutica y ética con la embriopática. Posteriormente, se revisa la recepción del aborto embriopático en otras jurisdicciones y los fundamentos de la figura, para finalmente determinar su función en la (no) atribución de responsabilidad penal y su regulación específica.

⁷ IVE: REPORTE MENSUAL ACTUALIZADO AL 16 DE JULIO DE 2018. Ministerio de Salud [en línea] <<http://www.minsal.cl/ive-reporte-mensual-actualizado/>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁸ De hecho, la causal embriopática dio lugar a confusiones cuando, por ejemplo, un diputado señaló que el proyecto de despenalización del aborto terminaría con la Teletón. DIPUTADO HASBÚN SOBRE CAUSAL DE INVIABILIDAD: “SIGNIFICA QUE SE ACABÓ LA TELETÓN”. CNN Chile [en línea] <<http://www.cnnchile.com/noticia/2016/03/16/diputado-hasbun-sobre-causal-de-inviabilidad-significa-que-se-acabo-la-teleton>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁹ Para algunos, se trataría incluso de un caso de atipicidad. BULLEMORE G., V. y MACKINNON R., J. 2007. Curso de Derecho penal. Parte especial. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing. Tomo II. 56p.

I. EL DELITO DE ABORTO A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Esta primera sección busca estudiar el delito de aborto, dando cuenta de las diversas modalidades y circunstancias tenidas en consideración al momento de establecer las penas que, como se verá, varían de acuerdo al autor y los medios de lo que se valga para causar el aborto. Se estudiará el aborto no solo en la ley penal, sino también su relación con el Código Sanitario. La vinculación entre ambos cuerpos legales en relación al aborto es esencial, al punto que las causales autorizadas por la ley se contienen en la ley sanitaria, y no en la descripción típica del aborto. Además, la revisión del Código Sanitario permitirá dar cuenta del cambio que sufrió el tratamiento del aborto terapéutico en 1989.

El estudio del tipo de aborto se hará a través de la revisión de la ley penal y la sanitaria, en relación con lo que la doctrina y jurisprudencia nacionales han dicho en relación a este delito.

a. El delito de aborto en el Código Penal, el Código Sanitario, la doctrina y la jurisprudencia

El delito de aborto se encuentra tipificado en el Título Séptimo, cuyo epígrafe es “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, parte del Libro Segundo del Código Penal. En particular, se encuentra regulado en el primer párrafo que lleva por nombre, precisamente, “Aborto”.

Este delito se encuentra regulado por los artículos 342 a 345. El texto actual de estos artículos es el siguiente:

“ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

- 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- 2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
- 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

ART. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

ART. 344. La mujer que, **fuera de los casos permitidos por la ley**, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

ART. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.”

Cabe destacar que todo este articulado formaba parte del texto original del Código Penal del año 1874, a excepción del texto en negrita del artículo 344, que fue agregado por la ley 20.130.

La doctrina suele agrupar estas diversas formas de aborto de acuerdo al autor pues, si bien la acción típica es siempre la misma (causar u ocasionar un aborto y, exclusivamente en el caso de la mujer embarazada, consentir en que otro lo cause), las penas son calificadas según quien sea el que cause u ocasione el aborto, además de las circunstancias de la comisión. En este sentido, los artículos 342 y 343 se refieren a los casos en que el aborto es ocasionado por un tercero, especie de categoría residual frente a las otras dos especiales (la gestante y los facultativos) y que no incluye ninguna calificación. El artículo 344, por su lado, se refiere a los casos en que es la mujer embarazada la que causa o consiente en el aborto. Por último, el artículo 345 se refiere a los casos en que el sujeto activo es un facultativo, es decir, un profesional de la salud.

La figura del aborto, tanto a nivel nacional como internacional, es una que ha dado lugar a bastantes discusiones entre los autores. Por ejemplo, entre las materias que se debaten se encuentran: el alcance del verbo rector, el bien jurídico protegido, su concurrencia con otros delitos (como el homicidio), el elemento subjetivo necesario para su comisión, el rol del consentimiento de la mujer embarazada y las características que debe tener para alcanzar relevancia penal, la posible concurrencia de causales de justificación y cuáles, entre otras. Mucho se ha escrito en relación a estas materias y su revisión detallada escapa al objetivo de este estudio. Sin embargo, vale la pena dar una mirada panorámica a algunos de estos aspectos del aborto, a efectos de poder identificar, al menos, los elementos respecto de los cuales la doctrina y jurisprudencia mayoritarias están de acuerdo. Esto

permitirá tener una base sobre la cual valorar la reciente incorporación del aborto embriopático al derecho nacional.

En relación al bien jurídico protegido, es una cuestión pacífica que el delito de aborto tiene por objeto la protección de la vida humana dependiente. De esto dan cuenta diversos autores al afirmar “en nuestro derecho resulta claro que el bien jurídico protegido en el delito de aborto no es otro que la vida del que está por nacer”¹⁰. La jurisprudencia coincide con esta interpretación. La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que “en los artículos 342 a 345, ambos inclusive, se tipifica y regula el delito de aborto, cuyo bien jurídico protegido es la vida humana en gestación”¹¹.

Considerando lo anterior, la ubicación del aborto dentro de los delitos contra el orden de la familia, la moralidad pública y la integridad sexual, en lugar incluirlo dentro de los delitos contra las personas, puede resultar extraño, aun cuando se explique por razones históricas¹². La vida humana dependiente se define en contraste con la vida humana independiente, protegida por los delitos que tipifican los distintos tipos de homicidios (tales como el parricidio y el infanticidio). El aborto, en cambio, protegería la vida del feto; de ahí que también se lo llame, simplemente, feticidio¹³.

¹⁰ BULLEMORE y MACKINNON, Op. cit., p. 44. Igual posición sostienen los autores Politoff, Matus y Ramírez al señalar: “el bien jurídico protegido en las figuras del aborto es la vida del que está por nacer, esto es, la vida humana dependiente, que se sitúa en un continuo previo a la protección que a la vida humana independiente dispensa el Código a través de las distintas formas de homicidio punibles”. POLITOFF, S., MATUS, J. P. y RAMÍREZ, C. 2005. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 2ª ed., reimpresión. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 85p. En el mismo sentido se pronuncian POLITOFF, S., GRISOLIA, F. y BUSTOS, J. 1993. Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.137-138; ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho penal. Parte Especial. 3ª ed., reimpr. 1999. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III, 95p.; y BASCUÑÁN R., A. 2001. Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el Derecho Constitucional Comparado. Revista de Derecho Público 63. pp. 209-210.

¹¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2040-2013, de 19 de agosto de 2013, considerando primero. Citado por CURIA C., E. 2016. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el delito de aborto en Chile. Revista Jurídica del Ministerio Público 68. 225p.

¹² Etcheberry explica que “el legislador hizo bien en no considerar el aborto entre los delitos contra las personas, ya que el sujeto pasivo, el producto de la concepción, no es todavía persona, ni aun para el derecho penal, mientras no tenga existencia individual. No fue, sin embargo, ésta la razón predominante entre los redactores del Código, sino más bien la decisión de atenerse al orden de las materias seguido por el Código Belga”. ETCHEBERRY, Op. cit. pp. 87-88.

¹³ Entendido este como “la muerte dolosa del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto”. *Ibid.* p. 89. Debe considerarse, sin embargo, que el término también puede tener un significado más restringido. Así, por ejemplo, en su momento se sostuvo “que la ley chilena castiga la *expulsión* (aborto) y no el *feticidio* (dar muerte al feto)”. POLITOFF, GRISOLIA, y BUSTOS, Op. cit. p. 141. De esta forma, feticidio se utiliza para denominar la muerte del producto de la concepción que ocurre dentro del útero materno, por contraste con el aborto en sentido estricto, que se limita a los casos en que la muerte es producto de la expulsión del feto. En el mismo sentido, MARZOA, Á. 1989. Extensión del concepto penal de aborto. *Ius Canonicum* 58. 579p.

Aunque conceptualmente se usen habitualmente las categorías de vida independiente y dependiente, no es tan claro el momento que separa a ambas. En general, empero, la doctrina considera el parto como el momento determinante para separar al hijo de la madre como un sujeto autónomo. Aún habrá discusiones sobre qué momento del parto marca el inicio de la vida independiente¹⁴, pero, al menos, es posible sostener que con la terminación del proceso biológico del parto hay, sin lugar a dudas, una vida independiente, ya no protegida por el aborto sino por el delito de homicidio¹⁵. Esta postura ha sido respaldada por la Corte Suprema:

“Un ser vivo en período de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como otro respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad.

Desde el punto de vista del derecho penal vigente en nuestro país, la vida humana independiente y, con ella, su destrucción como homicidio, comienza desde el momento del nacimiento, entendido por tal la total expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite distinguir con claridad uno y otro momento de la vida humana”¹⁶.

Con todo, la propia Corte Suprema cambió su criterio en un fallo posterior, estimando que ya hay vida independiente una vez iniciado el proceso de parto¹⁷.

¹⁴ “Así, en la doctrina alemana, el comienzo ‘civil’ de la personalidad exige que el parto esté completo, pero el infanticidio es sancionado si se da muerte a la criatura ‘durante’ el parto, lo que indica que penalmente la calidad de persona empieza con el comienzo del parto, o sea, desde que se inician los dolores o contracciones del parto. En Argentina acepta SOLER idéntica posición, pero sobre la base de un texto legal semejante, que sanciona como infanticidio la muerte de la criatura ‘durante el nacimiento’. CARRARA define igualmente el ‘infanticidio’ (especie de homicidio) como ‘la muerte de un niño naciente o recién nacido’. Modernamente, MAGGIORE considera que la muerte del feto ‘durante el parto’ ya no es aborto, sino homicidio o infanticidio, según los casos. Para él, el feto que nace ‘es hombre y persona’. Entre los autores españoles, ANTON y RODRIGUEZ consideran que la regla de su Código Civil (supervivencia por veinticuatro horas) no es aplicable en materia penal, y que no dando el Código Penal una regla expresa, la vida humana está protegida por la figura de homicidio desde que ‘termina el parto’, y que allí está la frontera entre el aborto y el homicidio. En cambio, CUELLO CALON estima que la condición de hombre (persona) surge con el comienzo del nacimiento; basta con que se haya iniciado el proceso de separación del vientre materno. QUINTANO RIPOLLES, sin embargo, se atiene al criterio de autonomía de vida, especialmente referida a la función respiratoria”. ETCHEBERRY, Op. cit. pp. 38-39.

¹⁵ Así se ha sostenido que “la muerte de la criatura humana dependiente es siempre aborto y en el sentido del sistema penal vigente el parto termina cuando hay vida humana independiente. A partir de dicho momento el sujeto pasivo lo será de homicidio”. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, Op. cit. p. 27.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 6229-2006, de 30 de enero de 2008, considerando décimo. Citada por CURIA, Op. cit. p.226.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1882-2008, de 16 de abril de 2009.

Del mismo modo, tampoco es una cuestión unívoca cuándo comienza la vida dependiente. En general, los autores sitúan el inicio de la vida dependiente en uno de dos momentos: desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide (o concepción) o, en un momento posterior, a partir de su anidación en el útero materno. De acuerdo a esta última tesis, se sitúa “el comienzo de la existencia, por lo menos para los efectos de determinar el principio de la protección penal, en el momento de la anidación, fenómeno que ocurre aproximadamente a los 4 ó 5 días desde la unión de los gametos”¹⁸. La actual aceptación de ciertos métodos anticonceptivos, como la llamada píldora del día después, dan cuenta de la aceptación que ha logrado esta postura¹⁹.

Ahora bien, en las figuras de aborto pueden concurrir, junto con la vida dependiente, otros bienes jurídicos protegidos, de acuerdo a los medios que se utilicen para su comisión y la falta de consentimiento por parte de la mujer. Así, el aborto violento (art. 342 N°1) atenta también contra la integridad física de la gestante. De manera similar, se ha sostenido que los abortos realizados sin el consentimiento válido de la mujer embarazada, afectan sus derechos reproductivos²⁰.

En cuanto al verbo rector, el legislador chileno no ha sido preciso al describir el tipo del aborto. En los artículos antes transcritos puede observarse como el legislador siempre habla de “causar” u “ocasionar” un aborto, sin entrar a definir qué sea un aborto con precisión. Con todo, la doctrina nacional se ha uniformado al entender el aborto como dar muerte al feto (o embrión)²¹ o, lo que es lo mismo, como la interrupción del embarazo que provoca la muerte del feto. Interrumpir el embarazo es, además, su significado de acuerdo a una interpretación gramatical²². La jurisprudencia se ha pronunciado en idéntico sentido: “para los efectos de la correcta calificación de los hechos se tiene

¹⁸ ETCHEBERRY, Op. cit. p. 91.

¹⁹ Incluso antes de la Ley N° 20.418 que, entre otras cosas, dispone la distribución, a cargo del Estado, de métodos de anticoncepción de emergencia, la legitimidad de la píldora del día después (en el sentido de no constituir un método abortivo con significación jurídico-penal) se podía afirmar en el derecho chileno. Al respecto, véase BASCUÑÁN R., A. 2004. La píldora del día después ante la jurisprudencia. Revista Estudios Públicos 95. pp.77-81.

²⁰ “Además, según el tipo de aborto de que se trate, la doctrina reconoce también que se pone en peligro la vida y salud de la madre sometida a las maniobras abortivas realizadas con violencia, los derechos reproductivos de la mujer embarazada o la libertad de toda mujer a ser madre”. CURIA, Op. cit. pp. 224-225.

²¹ BULLEMORE y MACKINNON, Op. cit. p. 45.

²² “Esa conclusión, basada en el conocimiento médico disponible y la política que en materia reproductiva está autorizada a nivel estatal, concuerda no sólo con el parecer de la doctrina actualmente dominante entre nosotros, sino además con el sentido natural y obvio que la expresión aborto, no definida en nuestro Código, tiene según el Diccionario de la Real Academia Española: “interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas” (el destacado es nuestro) y la propia literalidad de los arts. 342 ss. CP, que se refieren inequívocamente al aborto que se causa por o a una mujer embarazada”. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, Op. cit. pp. 91-92.

presente el concepto mayoritariamente aceptado de aborto, como la interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la madre”²³.

Con todo, conviene notar que, en su momento, cierta jurisprudencia acogió un concepto semántico de aborto, de acuerdo al cual “se entiende por aborto la ‘expulsión prematura del producto de la concepción’”²⁴. Esta lectura se basa en el concepto médico o vulgar de aborto. De acuerdo a esta interpretación, el aborto es la expulsión prematura del feto, independientemente de que de esto se siga su muerte o no. Bajo esta concepción, las maniobras resultantes en el adelantamiento del parto y el nacimiento prematuro de una criatura viva, serían típicas y constitutivas del delito de aborto. Es fácil advertir los problemas que la aplicación de este significado de aborto generaría. En contra, el concepto teleológico, basado en el fin específico de protección de la vida dependiente, supone entender por aborto, simplemente, “la muerte inferida al feto”. En este sentido, “[C]ualquiera que sea el método empleado y cualquier que sea el resultado de la maniobra criminal si se produce la muerte de la criatura en formación (feto) se habría consumado un delito de aborto”²⁵. Este es el concepto más extendido en el derecho nacional, tal como se explicó en el párrafo anterior.

Según lo dicho, el sujeto pasivo del aborto es, generalmente, el embrión o feto, de acuerdo al estado de desarrollo en el que se encuentre. Hay, sin embargo, que considerar la posibilidad de que el objeto de la acción abortiva mute antes de producirse el resultado. Es decir, es dable que acciones que, incidiendo sobre el feto, solo producen la muerte una vez ya nacido el niño. Siguiendo a Contesse y su propuesta sobre la teoría del momento del resultado, “para poder afirmar la tipicidad objetiva de la conducta en los casos de cambios del estatus del objeto de la acción, es necesario que la modificación perjudicial del estado de cosas (...) tenga lugar sobre un objeto que ya cuente con el estatus requerido por el tipo”²⁶. En consecuencia, “si la acción tiene como resultado la producción de la muerte del ser humano nacido, en principio debería ser calificada de homicidio (o infanticidio)”²⁷. Esto, sin embargo, debe ser matizado según se maneje una concepción semántica o teleológica de aborto, según se han

²³ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Bernardo, RUC N° 0700598956-0, de 1 de noviembre de 2008, considerando octavo. Citada por CURIA, Op. Cit. p. 224.

²⁴ BASCUÑÁN V., A. 1963a. Comentario a sentencia. Corte Suprema. Contra Teresa Pastén. Revista de Ciencias Penales 2. Tomo XXII. 227p.

²⁵ BASCUÑÁN V., A. 1963b. Comentario a sentencia. Corte Suprema. Contra Carrillo H. Sotera y otros. Revista de Ciencias Penales 2. Tomo XXII. 250p.

²⁶ CONTESSE, J. 2013. Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto. En: MAÑALICH R., J. (Coord.). La Ciencia Penal de la Universidad de Chile. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 401p.

²⁷ *Ibíd.* p. 402.

delineado anteriormente. Bajo la primera, una acción que genera la expulsión del feto y su muerte posterior constituye ambos delitos (aborto y homicidio) a la vez. En cambio, bajo la concepción teleológica y si se considera que aborto y homicidio ambos protegen la vida, “un mismo individuo no puede ser objeto de aborto y homicidio, de modo que (...) en estos casos la constatación de un atentado contra la vida independiente es improcedente”²⁸. Es posible reconocer esta misma interpretación en Farré, cuando afirma que “la legislación penal desea, mediante los delitos contra la vida humana dependiente e independiente proteger la vida humana en sus diversas fases de desarrollo. Y, del mismo modo que dicha protección, una vez iniciada debe hacerse extensiva, sin intervalos, a todos los períodos de la evolución de la vida humana, no es preciso que tengan que existir ámbitos de doble protección. (...) Sólo cuando la conducta incida directamente en el recién nacido vivo serán, pues, de aplicación los delitos contra la vida humana independiente”²⁹.

El sujeto activo, en cambio, puede variar, de acuerdo a la clasificación que hace la ley y, como se dijo, con el varían también las penas asignadas. En general, cualquier persona (terceros) puede ser sujeto activo del delito de aborto descrito en los artículos 342 y 343. Entre estos, será el uso de violencia (art. 342 N°1), el consentimiento de la embarazada (art. 342 N°3) o su falta (art. 342 N°2), y la intención del hechor (art. 343) los elementos que hagan variar la extensión del mal causado y, con ello, las penas aplicables.

En general, se ha considerado que, en cuanto al tipo subjetivo, el aborto por terceros solo puede ser sancionado cuando es cometido con dolo directo, dado el adverbio “maliciosamente” incorporado en el artículo 342³⁰. En contra, Etcheberry sostiene que la expresión maliciosamente buscó excluir de la sanción a los abortos realizados con fines terapéuticos, amparados en la *lex artis* médica³¹. Lo dicho tiene especial relevancia al momento de considerar la procedencia de causales de justificación, discusión que, sin embargo, ha perdido parte de su interés a partir de la ley 21.030, al menos, en los casos donde la mujer embarazada consiente en la intervención. Conviene, además, tener presente la interpretación alternativa que propone Mañalich. De acuerdo a este autor, es posible “interpretar el

²⁸ *Ibíd.* p. 403.

²⁹ FARRÉ T., E. 1990. Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente. *En*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 348p.

³⁰ BULLEMORE y MACKINNON, *Op. cit.* p. 47.

³¹ “[L]a expresión ‘de propósito’, en su alcance natural y en el mismo en que la entendió la Comisión Redactora, es una alusión al elemento subjetivo; constituye una exigencia de dolo directo. En cambio la expresión ‘maliciosamente’, dentro del sentido que la Comisión Redactora atribuyó aquí a la expresión, está aludiendo a la antijuridicidad o ilicitud de la conducta: no le cabe duda de que el médico obra con intención, pero que su acto es justificado (sería un caso especialísimo de estado de necesidad). Cuando falta esta justificación, la ley considera que se ha obrado ‘maliciosamente’”. ETCHEBERRY, *Op. cit.* p. 97.

término ‘maliciosamente’, en el contexto del art. 342, como una exigencia específica de conocimiento de la antijuridicidad (...) [en cuanto] el estatus de la prohibición del aborto (...) está lejos de ser autoevidente para el ciudadano”³². La prohibición del aborto no sería autoevidente por el valor que cabe asignarle a la autonomía de la mujer embarazada. Esto haría posible la configuración de un error de prohibición indirecto, basado en la creencia incorrecta de actuar al amparo de alguna causal de justificación por parte de quien causa el aborto. En definitiva, “la exigencia expresa de ‘malicia’ tendría que entenderse como una declaración legal de una exigencia de conocimiento de la antijuridicidad como requisito de la punibilidad del hecho”³³.

Frente a los artículos 342 y 343, los artículos 344 y 345 regulan el aborto causado o consentido por la propia gestante y el causado (o propiciado) por facultativos. La mujer embarazada se hace rea del delito de aborto tanto si se lo causa ella misma (en el llamado autoaborto) como si consiente en que se lo realice un tercero. Los facultativos, entendidos como aquellos “profesionales que han hecho estudios superiores y que ejercen el arte de curar (...) [incluyendo a] médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios”³⁴, en tanto, no solo son responsables por “causar” el aborto propiamente, sino también por “cooperar” a él. Esto último constituye un caso donde la complicidad es sancionada como autoría³⁵. Cabe mencionar que en ambos casos de sujetos activos calificados, la gestante y los facultativos reciben penas superiores que las de los sujetos no calificados. Se explica esta mayor punibilidad pues el desvalor de su conducta se considera mayor: el de la mujer, por faltar al especial deber de cuidado (solidaridad)³⁶ que tiene respecto del feto que lleva en su vientre, y el de los facultativos, por actuar en contra de los mandatos éticos de su profesión.

Con respecto a los facultativos, nótese que el artículo 345 hace referencia a quienes “abusando de su oficio” causen o cooperen con un aborto. Esta frase es de especial interés pues, si antes dio lugar a la discusión sobre la causal de justificación del aborto terapéutico, hoy y a la luz de la ley 21.030, cobra

³² MAÑALICH R., J. 2011. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de Derecho XXIV. 111p.

³³ *Ibíd.* p. 111.

³⁴ ETCHEBERRY, Op. cit. p. 104.

³⁵ “En casos de terceros que no sean los que causan el aborto, su participación se rige por las reglas generales, siempre con relación a la pena del art. 342 N° 3, salvo tratándose del facultativo que abusa de su oficio, para quien se aplica la pena de ese artículo agravada por el 345, que eleva, con la voz ‘cooperare’, toda forma de complicidad a una de autoría”. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, Op. cit. p. 101.

³⁶ La especial posición de la mujer embarazada en cuanto sujeto de un deber de solidaridad en favor del feto ha sido desarrollada en la doctrina nacional por WILENMANN, J. 2013. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 40. pp. 281-319. Su tesis será estudiada con más detenimiento en una sección posterior de este trabajo.

un significado totalmente nuevo o, a lo menos, es posible realizar una interpretación inédita de ella, asociada a la posibilidad de sostener la atipicidad del actuar de los facultativos que actúan al amparo de una indicación abortiva.

b. Evolución histórica del aborto considerando la legislación sanitaria y penal hasta la entrada en vigencia de la ley 21.030

La regulación del delito de aborto ha tenido algunos cambios a lo largo de su historia que permite identificar cuatro etapas diferenciadas. Nótese, sin embargo, cómo durante estas etapas el tipo penal de aborto se mantuvo invariable en el Código Penal. Solo las variaciones del Código Sanitario marcaron la evolución del aborto, al menos, hasta antes de la ley 21.030.

El Tribunal Constitucional, en su fallo sobre el requerimiento presentado contra la ley 21.030, resume perfectamente los primeros tres estadios que es posible identificar en relación con el aborto en Chile:

“En nuestro país, la regulación penal del aborto ha pasado por distintas etapas. La primera, transcurre entre 1875 a 1931. Se distingue porque el aborto es penado y no tiene ningún tipo de excepción. No obstante la ley penal exigía dolo directo para su comisión, al utilizar la expresión ‘maliciosamente’.

La segunda etapa transcurre entre 1931 y 1989. En 1931, por el D.F.L N ° 226, se introduce el aborto con fines terapéuticos. Este se reguló con posterioridad en el D.F.L N ° 725 de 1967. Este último cuerpo legal exigió la opinión documentada de dos médicos cirujanos. El D.F.L n ° 226, en cambio, exigía la opinión de tres facultativos.

La tercera etapa se abre en 1989. Ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N ° 18.826. Esta dispuso que ‘no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto’. Esta es la norma que el proyecto reemplaza”³⁷.

La doctrina penal, en general, coincide con las etapas descritas como lo hace el Tribunal Constitucional. Sin embargo, conviene tener presente que aun durante la primera etapa, esto es, desde la entrada en vigencia del Código Penal hasta 1931, todos los autores *“coincidían en lo esencial: aunque el Código Penal no establezca supuestos exceptuados del alcance de la prohibición [del aborto], no se trata de una prohibición absoluta. En determinadas situaciones la práctica de un aborto*

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, considerando decimotercero.

es una acción lícita”³⁸. De acuerdo a esto, el aborto, en su variante terapéutica, fue considerado lícito desde el mismo momento en que se tipificó el delito. Ello, en razón de la exigencia de actuar “maliciosamente” para que se configure el delito, de acuerdo a su descripción legal³⁹. El alcance específico del aborto lícito, por supuesto, no fue una cuestión solucionada unánimemente, pero su aceptación temprana explica, en buena parte, la regulación que comenzó a regir en 1931.

La segunda etapa, que se extendió hasta 1989, se caracteriza por el reconocimiento legal expreso (y no como una construcción doctrinaria) del aborto terapéutico. Esto se hizo, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional, por medio del D.F.L. N° 226 de 1931, primero, y luego por el D.F.L. N° 725 de 1967, los cuales aprobaron y modificaron el Código Sanitario, respectivamente. El texto del artículo 119 del Código Sanitario, que reemplazó al 226 (donde originalmente se reconoció el aborto terapéutico) era el siguiente:

“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”⁴⁰.

Había, entonces, un reconocimiento legal y formal en relación al aborto terapéutico como un caso de aborto lícito. Sin embargo, este artículo fue modificado en 1989, al fin de la dictadura militar, estableciéndose entonces:

“Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

La historia y razones para el establecimiento de este artículo 119, modificado a la postre por la ley 21.030, son explicados agudamente por el profesor Bascuñán⁴¹. Para los fines de este trabajo, basta con decir que si lo que se buscaba por medio de la ley N° 18.826 (que modificó el artículo 119) era eliminar o reducir el alcance del aborto terapéutico (directo)⁴² como conducta lícita, tal objetivo no se

³⁸ BASCUÑÁN R., A. 2004a. La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. Derecho y Humanidades, Universidad de Chile 10. 145p.

³⁹ En este sentido, se ha explicado que “[E]l texto del Art. 342 se refiere al que ‘maliciosamente’ causare un aborto. El Código Español de 1848, del que se tomó esta disposición, sancionaba al que ‘de propósito’ causare un aborto. La Comisión Redactora, en su sesión 160, acordó reemplazar esta expresión por aquélla, dado que la locución ‘de propósito’ pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fe proceden; por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto y da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro”. ETCHEBERRY, Op. cit. p. 109.

⁴⁰ BASCUÑÁN R., 2004a, Op. cit. p. 148.

⁴¹ *Ibíd.* pp. 152-156.

⁴² En base a la doctrina del doble efecto, se ha sostenido que el aborto indirecto, esto es, aquel que tiene por resultado el aborto, pero sin que este sea el objetivo perseguido sino solo una consecuencia no deseada de una acción terapéutica dirigida a proteger la vida o salud de la madre, siempre fue considerado lícito, incluso bajo el imperio del artículo 119 luego de la modificación introducida por la ley 18.826. Al respecto, se ha dicho que

logró. La gran mayoría de los autores siguieron sosteniendo tal licitud, principalmente, por medio de la remisión al artículo 10 N° 10 del Código Penal, entendiendo la conducta del médico que realiza el aborto para resguardar la vida o la salud de la madre⁴³ amparada por el ejercicio legítimo de su profesión. Con todo, el mismo Bascuñán desliza una crítica a esta interpretación que insiste en el aborto terapéutico como amparado en una causal de justificación, incluso luego de la modificación al Código Sanitario. En efecto, atendido que “[L]a regla del Art. 10 N° 10 CP no es una norma justificante, sino una metarregla: otorga prioridad a las normas del ordenamiento jurídico que autorizan a realizar las acciones u omisiones típicas por sobre las normas punitivas”⁴⁴, su invocación implica asumir la obligación de identificar esas otras normas que prevalecen sobre las punitivas. En el caso del aborto terapéutico, la remisión a las reglas del Código Sanitario y, en particular, a su art. 119 es ineludible. Bajo la vigencia de la reforma introducida por la ley 18.826, por lo tanto, era forzoso admitir “que únicamente un aborto provocado bajo las condiciones requeridas por la doctrina del doble efecto puede ser reconocido como una acción lícita, o al menos no maliciosa, en el sentido del Art. 342 CP, ni abusiva, en el sentido del Art. 345 CP”⁴⁵.

En este contexto, a partir de 2017, es posible identificar el inicio de una cuarta etapa en relación a la regulación del aborto. Con la entrada en vigencia de la ley que despenaliza⁴⁶ la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁷, se marca una nueva etapa, donde el aborto consentido por la mujer

“[H]ay unánime consenso en que el aborto terapéutico indirecto no solo no está penalizado en Chile, sino que está expresamente autorizado, es decir, es lícito. El artículo 119 del Código Sanitario vigente [antes de la entrada en vigencia ley 21.030] lo permite con claridad, ya que solo prohíbe la acción ‘cuyo fin sea provocar un aborto’. Si el fin es otro, y el aborto se produce como efecto colateral no deseado, estaremos ante un aborto terapéutico admitido en nuestra legislación.” CORRAL T., H. 2016. El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales. 29p. En el mismo sentido, se ha afirmado que “no existe una disposición que autorice el aborto por razones terapéuticas, sino más bien lo contrario: se prohíbe expresamente cualquier acción que tenga por fin provocar un aborto, permitiéndose únicamente las intervenciones curativas que puedan producir un aborto de modo indirecto”. OSSANDON W., M. 2012. Aborto y justificación. Revista chilena de derecho 39(2), 334p. Igual postura sostiene MIRANDA M, A. 2008. El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. Revista Chilena de Derecho 35(3). pp. 510-511.

⁴³ Etcheberry estima que “la justificación del aborto por posible daño grave en la salud de la madre será excepcional, no la regla general” atendidas las penas del aborto y las de las posibles lesiones que representen el daño a la salud de la mujer embarazada. ETCHEBERRY, Op. cit. p. 109.

⁴⁴ BASCUÑÁN R., 2004a, Op. cit. p. 155.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 167.

⁴⁶ Se ha discutido si lo que hizo la ley 21.030 es, efectivamente, solo la despenalización del aborto o si se extiende a la legalización o, aun, a la legitimación del aborto. Véase CORRAL, Op. cit. pp. 29-32.

⁴⁷ El uso de la expresión “interrupción voluntaria del embarazo” parece buscar evitar la connotación negativa que el aborto trae consigo. Ello puede ser consistente con “el devenir histórico y los cambios sociales [que] han provocado una paulatina exculpación del aborto, hasta el extremo de ser legalizado en determinados casos. Esta evolución se ha reflejado en la propia terminología, desterrando la denostada denominación de ‘aborto’

embarazada, en las tres causales conocidas, no resulta merecedor de reproche penal. Esta reforma viene, en principio, a dar solución a muchas de las discusiones de las que se ha dado cuenta a través del estudio del tipo de aborto realizado en este capítulo. Se consagra, por un lado, ya definitivamente la licitud del aborto terapéutico (con requisitos incluso más flexibles que los establecidos en 1967⁴⁸), a la vez que se incorporan dos nuevas causales al derecho chileno, si bien la doctrina, siguiendo al derecho comparado, ya había discutido latamente a su respecto⁴⁹.

por la más aséptica de ‘interrupción voluntaria del embarazo’”. MONGE F., A. 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. 245p.

⁴⁸ Aunque con un alcance, quizás, más limitado, al ceñirse la indicación a los casos donde “la mujer se encuentre en riesgo vital” lo que podría, en principio, excluir los casos donde solo esté en riesgo la salud de la mujer.

⁴⁹ Conviene mencionar que Bascuñán ya consideraba legítimas las causales ética y embriopática como resultado de estimar que el artículo 119 del Código Sanitario (con su texto de acuerdo a la ley 18.826) era inconstitucional en estos casos. BASCUÑÁN R., 2004a, Op. cit. pp. 175-177.

II. SEGUNDA CAUSAL DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO SANITARIO. CONTRASTE ENTRE LA CAUSAL EMBRIOPÁTICA Y LAS TERAPÉUTICA Y ÉTICO-JURÍDICA

a. Cambios introducidos por la ley 21.030

La ley 21.030 ha modificado principalmente el Código Sanitario y mínimamente el Código Penal, siguiendo la tendencia nacional histórica de regular el aborto por medio de la ley sanitaria antes que por la penal. En el Código Penal, las figuras relativas al aborto perpetrado por un tercero, con o sin consentimiento de la mujer embarazada, permanecen sin ningún cambio. Por su lado, el aborto realizado por algún facultativo mantiene su descripción legal pero el término “abusando de su oficio” debe ser reinterpretado (así como toda la *lex artis* médica en relación con el aborto, del modo en que se sostendrá más adelante). Por fin, solo el aborto consentido por la mujer (con exclusión del autoaborto) fue verdaderamente modificado al establecerse su licitud en “los casos permitidos por la ley”⁵⁰. Huelga decir que las penas asignadas a todas las variantes del aborto se han mantenido invariables. Ello podría dar cuenta de que la consideración respecto de la gravedad del aborto tampoco ha variado para el legislador nacional, lo que, a su vez, puede explicar su negativa a regular una solución de plazos.

Esa remisión a la ley debe entenderse hecha al Código Sanitario, donde su nuevo artículo 119 establece las tres causales de interrupción del embarazo en cada uno de sus tres numerales. Luego, el artículo 119 regula extensamente la forma en que debe prestarse el consentimiento por parte de la mujer, así como también se refiere a los programas de acompañamiento a los que las mujeres que decidan terminar o continuar con su embarazo tendrán derecho a acceder. La ley 21.030 también incluyó los artículos 119 bis, 119 ter y 119 quáter al Código Sanitario. El primero de ellos regula los diagnósticos necesarios, de parte de médicos cirujanos o del equipo médico, para proceder a la realización del aborto. El segundo se refiere a la objeción de conciencia. En fin, el artículo 119 quáter prohíbe la publicidad sobre las prestaciones relacionadas al aborto.

De los cambios descritos, interesan especialmente el artículo 119, en especial, en relación a su N° 2, que contiene la causal embriopática, y a la regulación del consentimiento de la mujer embarazada, y el artículo 119 bis, que regula los diagnósticos médicos requeridos para realizar un aborto. Sin

⁵⁰ Según se señaló al inicio de la sección I. a. *supra*.

perjuicio de ello, en la siguiente sección se revisan también sucintamente las causales terapéutica y ética, para luego diferenciarlas de la embriopática.

b. Las causales terapéutica y ética

En términos generales, en el derecho comparado se conocen, dentro del sistema de indicaciones abortivas, cuatro grupos de causales que autorizan la interrupción del embarazo. Se han reconocido las indicaciones terapéutica, ético-jurídica o criminológica, embriopática o eugenésica y la socioeconómica. Salvo esta última (que no recoge la ley 21.030), a continuación, se desarrollan brevemente las dos primeras, haciendo una revisión de cómo se han incorporado al derecho chileno, para luego señalar sus semejanzas y diferencias en relación al aborto embriopático, que se revisa en extenso en este trabajo.

Antes, empero, conviene destacar que no debe subestimarse el avance que representa desde un punto de vista de técnica legislativa y, aun, práctico la consagración de estas tres causales no punibles para la interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, y como se verá más adelante, el reconocimiento legal evita la necesidad de revisar en un juicio penal si la conducta típica (v.gr. el aborto terapéutico bajo el esquema previo a la ley 21.030) está o no cubierta por una causal de justificación que debe ser construida doctrinariamente y que eliminaría la ilicitud⁵¹. Por ello, aun cuando hubiera sido posible aplicar igualmente estas tres causales (por medio de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del antiguo artículo 119 del Código Sanitario, por ejemplo) antes de la despenalización del aborto voluntario, su aceptación explícita por la ley es valorable desde un punto de vista puramente penal, procesal, de política criminal y de economía. A ello, todavía cabría agregar

⁵¹ En este sentido: “El derecho chileno interpretado (...) sólo proporciona lo que suele ser denominado un ‘modelo de justificación discursiva’ del aborto. En tanto modelo discursivo, su problema central es la falta de certeza que otorga respecto a la licitud de las acciones evaluadas. El modelo de la justificación discursiva lleva a que generalmente no se determine la realización o no del tipo hasta la sentencia que absuelve (o condena) por aborto. Tanto un sistema de indicaciones como un sistema de plazo otorgan mucha mayor certeza. En sus resultados, un sistema de indicaciones no es demasiado distinto de un modelo de justificación discursiva. En ambos casos, los tipos de abortos permitidos pueden ser incluso completamente equivalentes. La diferencia es principalmente procedimental. El modelo de las indicaciones permite responder con mayor detalle a la pregunta por los tipos de amenazas que autorizan la realización del aborto, la forma en que debe acreditarse por los médicos el peligro y la posibilidad de cuestionar esto judicialmente. El modelo de justificación discursiva es silente al respecto. Ello es riesgoso sobre todo para la situación de los médicos. Por ello, la posibilidad de interpretar generosamente el sistema chileno, no permite salvar la necesidad del sistema de al menos contar con una regulación detallada de las indicaciones.” WILENMANN, Op. cit. p. 318.

los beneficios que, con algo de suerte, traerá el programa de acompañamiento que la ley ofrece a las mujeres que consideren interrumpir sus embarazos.

El actual texto del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario es el siguiente:

“Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

- 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
- 3) 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.”

Tal como se ha mencionado, la primera parte de este inciso hace patente que el legislador chileno ha optado por un sistema de indicaciones para autorizar el embarazo. El listado de tres causales es, sin que quepa ninguna duda, de *numerus clausus*. Lo dicho aplica tanto para el conjunto de causales en sí, como respecto de cada causal específica. Así, el aborto socioeconómico no es lícito en el derecho chileno (aun si la pobreza de la madre o su grupo familiar comprometen la sobrevivencia del nacido tras el parto), tal como el aborto de un concebido producto del delito de incesto o estupro tampoco lo es. Esto en razón del actual texto del inciso primero del artículo 344 del Código Penal que expresamente excluye solo los casos autorizados por ley, en relación con el artículo 119 y siguientes del Código Sanitario, que regulan con todo detalle las únicas tres hipótesis permitidas por el legislador. Por supuesto, esto no implica que cada aborto que ocurra fuera de las tres causales sea merecedor de un castigo penal. Esta determinación, por fuerza, casuística, deberá hacerse conforme a las reglas generales de la responsabilidad penal.

El N° 1 del artículo 119 contiene el aborto terapéutico, figura que, como se ha dicho, nunca fue extraña al derecho penal nacional. En términos generales, se entiende por aborto terapéutico aquel que se practica “para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la mujer embarazada”⁵². Hubo, sin embargo, discusiones en relación al alcance concreto de esta indicación antes de la ley 21.030 (y, probablemente, lo habrá después de ella). Aunque todos los autores

⁵² MONGE, Op. cit. p. 252.

coinciden en la licitud del aborto realizado para salvar la vida de la madre (salvo, quizás, por los adherentes a la teoría del doble efecto que lo limitan al aborto terapéutico indirecto⁵³), no ocurre lo mismo cuando la intervención médica se realiza para salvar *solo* la salud de la mujer. En estos casos, se dice, no es claro que, de los bienes en juego (salud de la mujer y vida del feto), la balanza deba inclinarse a favor de la gestante.

Este criterio es el que parece recoger la ley 21.030 cuando en su numeral primero se refiere al “riesgo vital” que debe amenazar a la embarazada precisando, luego, que el aborto debe evitar un “peligro para su vida”. Sin ahondar en este asunto, parece que la ley es clara al limitar la primera causal solo a la hipótesis de peligro letal para la mujer. Con todo, aun fuera de esta causal, sería posible discutir y sostener la licitud de un aborto terapéutico dirigido a salvaguardar la salud de una mujer que no arriesgue la muerte a partir de una causal de justificación general, tal como se hizo hasta antes de la ley que despenaliza el aborto en tres causales.

Desde el punto de vista formal, la práctica del aborto terapéutico requerirá del diagnóstico de un médico, de acuerdo al artículo 119 bis. El diagnóstico, naturalmente, debería identificar el riesgo vital que afecta a la embarazada y la forma en que la interrupción del embarazo salva ese riesgo.

La indicación ético-jurídica (o “criminológica”), por su parte, se encuentra establecida en el numeral tercero del nuevo artículo 119. La causal se reduce solo a los casos en que el embarazo sea producto de una violación. Así, el legislador chileno parece haber limitado al mínimo esta indicación que, en el derecho comparado, puede abarcar las situaciones en que el embarazo es producto de cualquier delito que afecte la autodeterminación sexual de la mujer. En ese sentido, la causal ética puede incluir los delitos de estupro, abuso sexual e incesto. De hecho, en el derecho comparado esta causal es extendida incluso a los supuestos de inseminación artificial no consentidas por la mujer⁵⁴.

En cualquier caso, dado que la ley no distingue, la causal debería entenderse comprensiva de todo el delito de violación del artículo 361 del Código Penal, independiente de la circunstancia de su comisión. Se debe incluir también la violación impropia, tal como lo evidencia la regla especial que extiende el plazo para interrumpir el embarazo en caso de que la embarazada producto de la violación sea menor de 14 años. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre en las otras dos causales,

⁵³ CORRAL, 2016, Op. cit. pp. 28-29.

⁵⁴ “La Corte Constitucional de Colombia declara la constitucionalidad de la interrupción del embarazo cuando éste se produzca en las siguientes hipótesis: a) Cuando el embarazo sea producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o incesto”. ZÚÑIGA F., A. 2011. Aborto y derechos humanos. Revista de derecho Valdivia 24(2). 175p.

en el caso del aborto por violación, el legislador limitó el lapso para practicar la interrupción de la gestación, estableciendo el término de 12 semanas en el caso de la violación propia, aumentándolo a 14 semanas, cuando la víctima sea menor de 14 años.

Para proceder al aborto, en este caso se dispone, de acuerdo al artículo 119 bis, que “un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción”. Ya en el proceso de tramitación de la ley, se advertía las dificultades y deficiencias de esta regla⁵⁵. Desde ya, no es claro cómo se conformará el equipo de salud mencionado. Además de ello, si bien la violación impropia es relativamente fácil de constatar a través de la edad de la embarazada y la violación con uso de la fuerza puede dejar lesiones observables, es difícil anticipar cómo un equipo médico podrá constatar que el acceso carnal haya ocurrido, por ejemplo, por medio de amenazas. Todo esto, mientras el reloj corre, dado el plazo de 12 o 14 semanas de gestación que marca el límite para poder intervenir y del cual el equipo médico también deberá dar cuenta.

c. La causal embriopática

Esta causal supone algunos problemas semánticos que conviene abordar desde ya. Usualmente, la causal embriopática es también denominada eugenésica. La equiparación se debe, probablemente, a que en otras jurisdicciones y, en particular, en Alemania y España, además de las indicaciones terapéutica y ética, se ha establecido una tercera causal que abarca, en general, los casos en que el feto es diagnosticado con enfermedades que comprometen gravemente su calidad de vida. Por ejemplo, en la legislación española se autoriza el aborto cuando “se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”⁵⁶. Se trata, en general, de malformaciones graves que no solo comprometen el bienestar de la criatura, sino que también hacen en extremo gravosa la

⁵⁵ Así, por ejemplo, en su oficio a la Cámara de Diputados, de fecha 24 de abril de 2015, la Corte Suprema señaló que aunque “es posible que un equipo multidisciplinario de profesionales determine con algún nivel de facilidad la agresión sexual cuando existan señales físicas del hecho o circunstancias objetivas fácilmente observables, podrían darse hipótesis en que, de producirse una persecución penal paralela del delito, se arribare a conclusiones disímiles entre lo que se concluya sobre la base de informes periciales médico legales en la sede persecutoria penal y lo que determine el equipo de salud que informará para la procedencia de la interrupción del embarazo”. Historia de la Ley 21.030, 22p. [en línea] <<http://s.bcn.cl/22319>> [consulta 31 agosto 2018]

⁵⁶ MONGE, Op. cit. p. 253.

responsabilidad que le cabría a la madre respecto de ella. Dados los términos en que se concibe esta causal, ella abarca naturalmente los casos donde la vida extrauterina no es viable.

Aunque el término eugenesia tiene una carga negativa importante⁵⁷, parece adecuado limitar la causal eugenésica (como etiqueta)⁵⁸ a aquellos casos en que se permite el aborto incluso en casos donde las enfermedades del feto no comprometen su vida tras el alumbramiento, reservando la denominación de aborto embriopático para referirse exclusivamente a la interrupción del embarazo llevada a cabo ante la inviabilidad de la vida del feto más allá del parto. La distinción es esencial en el régimen chileno, donde la segunda causal del artículo 119 se limita, según se ha definido, exclusivamente al aborto embriopático, exigiéndose “una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal”. Nótese lo enfático del legislador al insistir en el “carácter letal” de la patología, luego de ya haber señalado la incompatibilidad con la vida independiente como un requisito. A luz de esto, es claro que esta indicación no puede incluir casos en que enfermedades o malformaciones, por grave que sean, no impliquen la inviabilidad del feto más allá del alumbramiento.

El aborto eugenésico es una de las causales abortivas que puede generar más discusiones en torno a su legitimidad, pues se entronca con las cuestiones más fundamentales acerca de la dignidad humana. La eliminación de un individuo basado en el padecimiento de enfermedades que comprometen gravemente su vida (pero sin arriesgar la muerte) es una cuestión esencialmente discutible. Tal acto podría considerarse lleno de misericordia o impulsado por criterios puramente utilitarios. Este debate, en todo caso, fue evitado en Chile, al limitarse la segunda causal al aborto embriopático. Sus fundamentos, en cualquier caso, serán revisados en un capítulo posterior.

Si bien el texto del numeral segundo del artículo 119 no es el mismo que en el proyecto original, su sentido siempre estuvo limitado a la incompatibilidad del feto con la vida independiente. En un comienzo, el proyecto original del ejecutivo disponía: “El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina”. Puede apreciarse como el sentido es esencialmente el mismo que el de la causal actualmente vigente. Se prefirió reemplazar la frase “alteración estructural” por “patología”. A la vez, el celo del legislador por excluir el aborto eugenésico, llevó a incluir la parte final del numeral, insistiendo en el “en todo caso de carácter letal”.

⁵⁷ Se reconduce, a menudo, a los exterminios llevados a cabo por el régimen de la Alemania nazi.

⁵⁸ Aunque es útil hacer la distinción para mayor precisión, no parece justo equiparar la indicación eugenésica con la eugenesia que ha sido impuesta por un régimen totalitario en razón de una supuesta superioridad racial.

Qué constituya una patología incompatible con la vida extrauterina es una cuestión que debe ser diferida a la ciencia médica. Con los avances constantes en medicina, es probable que enfermedades que resulten hoy letales, no lo sean en el futuro. También es imaginable que alguna nueva afección debe incorporarse a esta categoría, eventualmente. En todo caso, la ley no ha definido, ni aun por vía meramente ejemplificadora, qué casos particulares pueden ser incluidos en la causal. Con todo, es posible identificar patologías que son consideradas ciertamente letales para el feto. Así, durante la discusión legislativa, se nombraron las siguientes: anencefalia, exencefalia, acráneo; hidranencefalia; holoprosencefalia alobar; atresia laríngea, atresia traqueal; agenesia diafragmática; agenesia renal bilateral; patología renal bilateral con secuencia Potter y de comienzo precoz; ectopia cordis; pentalogía de Cantrell; síndrome de bandas amnióticas; *limb-body wall complex*; displasia esquelética letal con hipoplasia torácica y afectación precoz; cromosopatías: trisomía 18, trisomía 13, trisomía 9, triploidías⁵⁹.

Por supuesto, los diagnósticos médicos no pueden nunca ser ciento por ciento confiables, en particular, cuando se refieren a un estado futuro de cosas. Hay, entonces, no solo la posibilidad de que el diagnóstico se equivoque en la concurrencia de la patología, sino que también en la letalidad de esta luego del parto. A partir de esto, algunos detractores de la despenalización del aborto, sostuvieron que no es legítimo matar a un feto de acuerdo a la indicación embriopática, considerando la probabilidad de que los diagnósticos erren. En contra, si hay fundamentos que justifiquen el aborto embriopático, no parece adecuado excluir esta posibilidad por la sola chance de que el feto sobreviva al parto cuando, a partir de la mayoría de los antecedentes disponibles de acuerdo a las técnicas e instrumentos médicos existentes, es posible suponer, con razonable probabilidad, que ese no será el caso.

Esta falta de certeza, inherente al diagnóstico médico en relación a la patología fetal (al evaluar tanto su concurrencia como su letalidad), fue abordada por la ley al exigir las opiniones coincidentes de dos médicos especialistas. Aunque este requisito era común para las causales 1 y 2, finalmente, solo se

⁵⁹ De acuerdo al médico interviniendo en la sesión, “la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, por intermedio de su Comisión de Bioética, ha realizado un análisis de las distintas patologías que podrían estar incluidas en los supuestos que permiten la interrupción del embarazo”, dando lugar al listado de patologías señalado. Historia de la Ley 21.030, 508p. [en línea] <<http://s.bcn.cl/22319>> [consulta 31 agosto 2018]

mantuvo respecto del aborto embriopático. La ley no señala qué formación requerirían estos médicos especialistas, cuestión que también habrá de ser diferida a la ciencia médica⁶⁰.

Antes de pasar a la siguiente subsección, conviene abordar una pequeña confusión que ha podido haber en relación al aborto embriopático y el terapéutico. Buena parte de la defensa del proyecto de ley de despenalización pasó por señalar que la nueva ley solo venía a reconocer, formalmente, lo que ya era una práctica aceptada en Chile, lo que, de acuerdo a lo estudiado, se limitaría al aborto terapéutico. En contra, se sostuvo que el aborto embriopático no queda comprendido nunca por el terapéutico, pues “[E]s erróneo calificar de terapéutico el aborto eugenésico [se refiere al aborto comprendido en la segunda causal] porque la inviabilidad del embrión o feto para la vida extrauterina usualmente no representa ningún peligro para la vida o la salud de la madre”⁶¹. Lo dicho es, indudablemente, cierto: no corresponde equiparar aborto terapéutico y embriopático. Sin embargo, la conexión entre ambos puede ser bastante directa. Por ejemplo, ante un embarazo inviable, es totalmente posible imaginar que la salud (psíquica) de la gestante resulte comprometida. En tal caso, pareciera que tanto el aborto terapéutico (si se estima que también procede para proteger la salud de la mujer embarazada) como el embriopático serían procedentes, confundiéndose su concurrencia en los hechos.

d. Diferencias y semejanzas del aborto embriopático con las indicaciones terapéutica y ética

Desde el punto de vista de su regulación, las tres causales coinciden en la forma en que la mujer embarazada debe prestar su consentimiento (requisito *sine qua non* de toda interrupción voluntaria del embarazo). En efecto, el inciso segundo del artículo 119 dispone que “en cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo”. La ley, por tanto, no hace distinciones en relación a la anuencia de la mujer de acuerdo al tipo de indicación de la que se trate. Lo dicho aplica tanto en relación a este consentimiento expreso, previo y escrito, como a las formas alternativas de consentir, que se explicarán al tratar con más detención los requisitos del aborto embriopático.

⁶⁰ Con todo, en el fallo del Tribunal Constitucional se señala que “esta evaluación o juicio médico deben ser efectuados por conocedores profundos de la respectiva rama del saber involucrada. Este versado conocimiento solo lo poseen, a juzgar por los antecedentes antes relacionados, los médicos perinatólogos o especializados en salud materno fetal, debidamente acreditados por una Universidad legalmente reconocida que imparta esa experticia”. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, prevención del Ministro Domingo Hernández Emparanza.

⁶¹ CORRAL, 2016, Op. cit. p. 27.

Desde el punto de vista de su alcance, las tres causales comparten el hecho de haberse configurado en base a un contenido mínimo en cada caso, cuando se las compara con la regulación que es posible reconocer en el derecho comparado. Así, la indicación terapéutica no incluye el riesgo a la salud de la madre; la criminológica, no considera otros delitos más que la violación; y la embriopática se limita a las afecciones de naturaleza mortal, excluyendo cualquier otra de carácter eugenésico.

La intervención propiamente tal debe ser llevada a cabo por un médico cirujano cualquiera sea la causal invocada. Sin embargo, el rol de los profesionales médicos para autorizar la interrupción del embarazo varía con cada numeral del artículo 119. De este modo, el aborto terapéutico solo requiere del diagnóstico previo de un médico⁶², mientras que la interrupción por inviabilidad del feto requiere, como ya se dijo, el diagnóstico coincidente de dos médicos *especialistas*. En cambio, el aborto por violación requiere que el equipo médico, dispuesto especialmente para este efecto, dé cuenta, por escrito, tanto de las circunstancias que hacen constar el delito como de las semanas de gestación.

Respecto de esta última indicación, también rigen plazos límites para llevarla a cabo: 12 semanas si la gestante es mayor de 14 años, y 14 semanas, en el caso contrario. En cambio, las causales primera y segunda no están sujetas a un plazo, de modo que pueden llevarse a cabo independientemente del tiempo de gestación, en la medida que se presenten las circunstancias que configuran la causal.

⁶² En un principio, el proyecto exigía la ratificación de ese diagnóstico, salvo en casos de urgencia y de embarazo ectópico.

III. EL ABORTO EMBRIOPÁTICO EN EL DERECHO COMPARADO

a. Panorama actual a nivel global

Antes de revisar cómo ha sido regulado el aborto embriopático en algunas jurisdicciones donde se ha reconocido, conviene tener en cuenta el panorama actual de la regulación del aborto a nivel global. Esto en razón de que, a la luz de recientes cambios legislativos en el derecho comparado, es posible reconocer una apertura cada vez mayor a la legalización (despenalización) del aborto, ya no solo reducido a causales específicas, sino que tendiendo hacia la admisión de una solución diseñada en torno a un sistema de plazos⁶³.

A propósito de los movimientos feministas actuales, el debate sobre el aborto sigue muy presente y en varios países, de manera reciente, se han aprobado o se están discutiendo leyes para reconocer los derechos de la mujer en relación al aborto. Por supuesto, Chile es uno de estos casos. En Europa, hace apenas unos meses, Irlanda aprobó, en un referéndum, abolir la octava enmienda de su constitución, de acuerdo a la cual tanto la madre como el feto tenían un derecho equivalente a la vida. El cambio es importante, considerado que Irlanda era uno de los países con leyes más restrictivas en relación al aborto en Europa, permitiéndolo solo en el caso terapéutico⁶⁴. Más cerca de Chile, recientemente se discutió en Argentina un proyecto que hubiera permitido a las mujeres abortar libremente dentro de las primeras 14 semanas de embarazo. El proyecto, aunque fue aprobado por la Cámara de Diputados, fue rechazado por el Senado. Sin perjuicio del resultado final, su aprobación hubiera podido generar un turismo abortivo⁶⁵ desde Chile al país trasandino. Con

⁶³ Conviene tener presente que, aunque hay posturas que defienden un aborto libre hasta sus últimos términos, esto es, la abolición completa del tipo penal, en general, se ha legislado en el sentido de un sistema de plazos, donde la mujer embarazada puede decidir abortar sin necesidad de aducir ni probar la concurrencia de una determinada circunstancia (causal), pero dentro de un determinado tiempo de gestación.

⁶⁴ De acuerdo a la legislación vigente con anterioridad al referéndum mencionado, en Irlanda solo se permitía “abortar en el supuesto de riesgo para la salud de la madre y donde la primera ley en torno a esta cuestión se ha aprobado en 2013”. NOGUEIRA D., J. Análisis de la legislación europea y española sobre salud sexual y reproductiva. Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, 79/2014. [en línea] <http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/0782fba13474c42dc80daad65886c4eb.pdf> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁶⁵ Se suele denominar “turismo abortivo” a los viajes que realizan las mujeres embarazadas a países extranjeros que cuentan con leyes menos restrictivas respecto del aborto (típicamente, aquellos que han adoptado un

ocasión del debate en Argentina, otros países de la región también han comenzado a revisar sus legislaciones sobre el aborto⁶⁶. Más aún, hay quien estima que más temprano que tarde, el debate legislativo en Chile será retomado, pero, esta vez, respecto de una propuesta de una solución de plazos⁶⁷.

Esta tendencia hacia la liberalización del aborto es importante, pues ha ido reduciendo el campo de aplicación de las causales, allí donde estas estaban reconocidas. Así, en la práctica, numerosos casos que pudieran haber sido cubiertos por alguna causal, son abordados por medio del aborto sin indicaciones dentro de los plazos que establezca la ley. A la vez, la regulación de las causales se va reduciendo y quedan relegadas a un segundo plano, destinadas únicamente a cubrir los abortos que se practican más allá del período establecido para el aborto sin causa. Con todo, la relevancia del aborto embriopático o eugenésico suele mantenerse, si se piensa en la posibilidad de que las patologías que puedan afectar al feto (sea que hagan imposible la vida extrauterina o no) solo sean detectadas tras el transcurso del plazo para abortar, fijado en las 12 o 14 semanas de gestación en la mayoría de las legislaciones que han adoptado una solución de plazos.

En este contexto, se revisará con mayor detención la situación del aborto embriopático en la legislación alemana y la española, dos fuentes de gran importancia para el derecho penal nacional. Conviene mencionar que, dada la diferencia de alcance entre la indicación chilena y la reconocida en estos países, el estudio se hará con referencia a causales más propiamente eugenésicas, en el entendido de ser estas indicaciones más amplias, pero que naturalmente contienen a la embriopática.

sistema de plazos) con el solo objeto de interrumpir el embarazo, en circunstancias en que el país del que son nacionales no lo permitiría por constituir un delito.

⁶⁶ GÖPEL, C. 2018. Lucha por aborto libre se toma la región tras avance en Argentina. [en línea] La Tercera en Internet. 2 de julio, 2018. <<http://www.latercera.com/mundo/noticia/lucha-aborto-libre-se-toma-la-region-tras-avance-argentina/227771/>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁶⁷ Esto fue predicho por el profesor Bascuñán, durante el debate legislativo relativo a la ley 21.030: “[E]s su convicción, expresó el profesor Antonio Bascuñán, que antes de que transcurran diez años esta Corporación volverá a discutir el aborto, para pronunciarse sobre el modelo del plazo. Ese es el único modelo que puede ofrecer una respuesta cabal a las mujeres”. Historia de la Ley 21.030, 558p. [en línea] <<http://s.bcn.cl/22319>> [consulta 31 agosto 2018]. En los hechos, recientemente un grupo de parlamentarias ha presentado un proyecto legislativo que busca despenalizar el aborto hasta la semana 14 por medio de una reforma al Código Penal.

b. El aborto embriopático en el derecho alemán

Sin perjuicio de las leyes introducidas durante el régimen Nazi, donde sí existió una verdadera indicación eugenésica para abortar, incompatible con la protección a la vida del que está por nacer que dispensan las constituciones actuales⁶⁸, hasta la reforma llevada a cabo entre los años 1974 y 1976, en Alemania solo se encontraba legitimada judicialmente⁶⁹ la indicación terapéutica para el aborto voluntario. En 1962, un proyecto dirigido a reformar el código penal alemán buscó reconocer legalmente la indicación en caso de riesgo a la vida o salud de la mujer. En la práctica, sin embargo, esta indicación se había ampliado para abarcar consideraciones sociales también⁷⁰. Al respecto de este intento de reforma penal, es pertinente mencionar que toda la regulación del aborto en Alemania se desarrolla a través de las normas penales, es decir, los distintos estatutos regulatorios serán, esencialmente, reformas al código penal y al delito de aborto.

En la década del setenta, una serie de factores impulsaron un movimiento de reforma en Alemania para ampliar la permisibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo. Así, por un lado, se consideró generalmente que el castigo penal a las mujeres que abortaban resultaba excesivo en una serie de circunstancias que no se hallaban comprendidas en el aborto terapéutico (incluso con su interpretación ampliada). Por otro, se buscaba reducir el turismo abortivo (concentrado en Holanda) y el componente de discriminación social asociado a él. A la vez, el reconocimiento de la ineffectividad de la amenaza penal como herramienta para disminuir los abortos, llevaba a considerar la búsqueda de alternativas que permitieran reducir estas intervenciones, por ejemplo, por medio del establecimiento de sistemas de asesoramiento y ayudas sociales a las mujeres embarazadas⁷¹. Si bien no hubo el mismo consenso respecto a qué modelo debería implementarse, luego de una ardua

⁶⁸ “Con la introducción, en las leyes nacional-socialistas protectoras de la salud de la raza de 1933/35, de la llamada ‘indicación eugenésica’, se puso en tela de juicio el derecho a la vida del ser probablemente afectado por taras genéticas. Dado que la eliminación de la descendencia con lesiones genéticas se fundaba en intereses de política racial y demográfica, la vida físicamente existente como tal, dejó de tener carácter inviolable para tenerlo sólo cuando correspondiera además, a un determinado standard higiénico-social”. ESSER, A. 1989. Reforma de la regulación del aborto en el Derecho Penal Alemán: evolución y primeras experiencias. *En*: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain). San Sebastián. pp. 722-723.

⁶⁹ “La falta de una regulación especial para los supuestos permisibles de aborto condujo a que, en el año 1927, el Tribunal del Reich considerase como un caso supralegal de estado de necesidad justificante la interrupción del embarazo por indicación médica, es decir, cuando existiese un peligro serio para la vida o salud de la embarazada”. HIRSCH, H. 1992. La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana. *En*: La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales. Madrid. 144p.

⁷⁰ ESSER, 1989, Op. cit., p. 723.

⁷¹ *Ibíd*, p. 724.

discusión, se optó por un proyecto que “modificaba la regulación preexistente del aborto en el Código Penal estableciendo un sistema de plazo con consejo forzoso”. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán, en ejercicio del control de constitucionalidad, “decidió que semejante regulación era incompatible con la Ley Fundamental alemana”⁷². En términos generales, el mandato de la constitución alemana, de acuerdo al cual el *nasciturus* debe ser protegido por el Estado, no se cumplía con el modelo de plazos que buscaba la reforma. Si bien este mandato no ordena sancionar penalmente el aborto en todos los casos, si se quiere restringir el alcance del delito, el legislador debe, a la vez, establecer garantías suficientes que satisfagan la directriz constitucional, protegiendo adecuadamente al que está por nacer. A criterio del Tribunal Supremo, la reforma de 1974⁷³ no daba estas garantías, de modo que la declaró inconstitucional⁷⁴.

En respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo de 1975, se aprobó un nuevo proyecto un año más tarde, en 1976. Esta vez, la reforma presentaba un modelo de indicaciones en línea con lo que había planteado el Tribunal Supremo. Este modelo estableció cuatro causales para la interrupción voluntaria del embarazo: la terapéutica (sin límite de plazo), la eugenésica (limitada a las primeras 22 semanas de gestación), la criminológica (limitada a las primeras 12 semanas de gestación) y la social o “indicación general de situación de necesidad” que “intenta contemplar cualquier otra situación conflictiva de la embarazada”⁷⁵ (igualmente limitada a las primeras 12 semanas). Tal regulación, en la práctica, operó como “un sistema de plazo encubierto (...) [bajo el cual] más del ochenta por ciento de la alta tasa de abortos lícitos en Alemania tenían lugar bajo la indicación social, sin que existiera un control efectivo de la concurrencia de sus presupuestos objetivos por parte del Ministerio Público ni de las entidades de salud previsional”⁷⁶. Ello probablemente debido a “la imprecisa redacción de la indicación social (que hacía referencia a una situación de necesidad de la embarazada)”⁷⁷⁻⁷⁸. Fue en

⁷² BASCUÑÁN R., 2001, Op. cit. p. 224.

⁷³ En lo esencial, por medio de esta reforma se declaró “no punible el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada dentro de las primeras doce semanas de la concepción”, así como también aquel “realizado concurriendo las circunstancias de la indicación médica (sin plazo alguno) y la eugenésica (con plazo de 22 semanas).” ZODER, I. 1996. Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Anuario de derecho penal y ciencias penales 49(1). 222p. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46491>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁷⁴ BASCUÑÁN R., 2001, Op. cit. pp. 227-228.

⁷⁵ ESSER, 1989, Op. cit. p. 730.

⁷⁶ BASCUÑÁN, R. 2001, Op. cit. p. 228.

⁷⁷ ZODER, Op. cit. p. 230.

⁷⁸ Con todo, conviene tener en cuenta la reflexión de un autor según el cual “[I]ndependientemente de la polémica de si la liberación va demasiado lejos, se encontraban, abarcados por la reforma, diversas y verdaderas situaciones de necesidad, en las cuales el seguir considerando ilegal la interrupción del embarazo se

esta instancia cuando la indicación eugenésica fue propiamente introducida en el derecho alemán.

Tras la reunificación de las dos repúblicas alemanas, que seguían modelos diversos en relación al aborto⁷⁹, fue necesario legislar nuevamente para armonizar ambos derechos. Esto se hizo en 1992, estableciéndose un plazo de doce semanas para abortar con consejo forzoso sin necesidad de invocar una causal. El resto de la regulación en torno al aborto se dejó inalterada, en particular, en lo relativo al aborto eugenésico. Tal reforma, sin embargo, fue nuevamente declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo. Con todo, esta vez el modelo de plazos fue aceptado por el tribunal alemán, pero imponiendo un modelo de consejo forzoso que sí fuera acorde a la constitución. En 1995, “el legislador recogió esta regulación en la Ley de Solución de Conflictos de la Mujer Embarazada (...) estableciendo el modelo de plazo sin justificación y con deber de consejo”, sin embargo, y aunque se mantuvieron las indicaciones médica y criminológicas como causales de justificación, “[L]a indicación embriopática no fue considerada como causa de justificación: esto es estimado como un grave error, ya que en la práctica se dan casos en que la detección de la patología del feto se produce una vez transcurridas las primeras doce semanas de embarazo”⁸⁰.

De lo señalado, es posible apreciar cómo la indicación embriopática, incorporada en un comienzo en el sistema de indicaciones, perdió relevancia tras acogerse un modelo de plazos en Alemania. Ello sin desconocer que, tal como señala el profesor Bascuñán, su exclusión como causal de justificación parece un error, teniendo en cuenta la posibilidad de que los supuestos objetivos de la indicación solo se presenten luego de las doce semanas contempladas para abortar en el modelo de plazos. Máxime si se considera que, mientras se encontraba vigente, la indicación eugenésica en Alemania “a diferencia de lo que sucede en otros países, donde la sola presencia de una tara genética autoriza la práctica de una interrupción del embarazo, para nosotros lo determinante es en última instancia el conflicto individual de la embarazada, pues la interrupción sólo se autoriza cuando la temida malformación psíquica o física del niño resulte intolerable para ella”⁸¹. Así, esta causal se mostraba

hacia a todas luces insostenible. Que la embarazada en tales casos no tuviera que estar expuesta a ‘curanderos’ correspondía a una urgente necesidad de tipo social”. HIRSCH, Op. cit. p. 153.

⁷⁹ “[a]ntes de que se produjera la unificación de Alemania en el año 1990 la regulación del aborto en ambos estados alemanes era diametralmente opuesta: la RFA seguía el llamado modelo de las indicaciones, (...) en cambio la RDA seguía el llamado modelo de plazos”. ESSER, A. 1999. Reforma de la regulación Alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado. En: del mismo, Nuevos horizontes en la ciencia penal. Buenos Aires. 55p.

⁸⁰ BASCUÑÁN R., 2001, Op. cit. p. 233.

⁸¹ ESSER, 1989, Op. cit. p. 730.

claramente más amplia que la acogida por el legislador chileno, que se limita solamente a la inviabilidad del feto. Al mismo tiempo, la inclusión de esta causal en el derecho nacional, aunque en una variante más estrecha, tiene sus méritos si se considera que, en el caso chileno, la indicación embriopática no tiene un plazo límite, cuestión que, según se verá, comparte con la legislación española.

c. El aborto embriopático en el derecho español

Solo a partir del año 1985, la legislación española reconoció supuestos donde el aborto voluntario por la mujer no era penado. Por medio de la Ley Orgánica 9/1985, se estableció un sistema de causales que reconocía tres muy semejantes a las vigentes hoy en Chile. Se reconoció una indicación terapéutica (que incluía no solo el peligro para la vida, sino también para la salud física o psíquica de la mujer), una ético-jurídica (vinculada al delito de violación y limitada a doce semanas, lo que es idéntico al caso chileno) y una eugenésica. Esta última se regula en los siguientes términos en el artículo 417 bis del código penal español:

“No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

(...) 3ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado”⁸².

Cabe mencionar que, con anterioridad, el Tribunal Constitucional español había declarado inconstitucional un proyecto de reforma similar. Al igual que en el caso alemán, poco después de la sentencia, se aprobó una nueva ley que se hacía cargo de las objeciones de constitucionalidad planteadas. Estas, sin embargo, no se referían a los supuestos contenidos en las indicaciones, sino que a exigencias constitucionales determinadas por el artículo 15 de la constitución española⁸³. Estas

⁸² NOGUEIRA, Op. cit. p. 10.

⁸³ El artículo 15 de la constitución española dispone lo siguiente: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o

exigencias se referían, principalmente, a la necesidad de hacer constar fehacientemente la concurrencia de los supuestos de hecho de cada causal, por un médico especialista en un dictamen formal o por centros sanitarios autorizados⁸⁴.

La regulación del aborto eugenésico en la ley de 1985 se caracterizó por reconocer la concurrencia de enfermedades tanto de índole física como psíquica, sin que se requiriera que fueran de una gravedad tal que comprometiesen la supervivencia luego del parto. Estuvo, además, limitado a las primeras veintidós semanas de gestación. Conviene en este momento detenerse para destacar cómo el contenido del aborto eugenésico está fuertemente determinado por el contexto social en que se aplica. Tal como en Alemania donde, como se mencionó, lo fundamental era la carga excesiva que para la mujer embarazada suponía el nacimiento de un hijo con problemas graves, en España, mientras aún se discutía lo que a la postre sería la reforma en comento, un autor expresaba que en los casos “en que exista un peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas (hoy se puede diagnosticar con seguridad, cuando el feto se encuentra en el vientre de la madre, si el niño será un mongólico, es decir, un subnormal profundo), (...) no le es exigible, sin embargo, a la madre la obediencia al Derecho”⁸⁵. Llama la atención no solo el lenguaje utilizado (que hoy sería considerado, a lo menos, inapropiado) sino también la manera en que el autor asume naturalmente que el Síndrome de Down constituye una de esas afecciones que siempre supondrá una carga excesiva para la madre. El punto es interesante porque, precisamente, uno de los argumentos más sonados para oponerse a la ley sobre interrupción voluntaria del embarazo en Chile fue, precisamente, el hecho de que permitiría abortar fetos a los que se les haya diagnosticado con trisomía 21, lo que, en los hechos no ocurre, dado que esta enfermedad no es de aquellas que resultan incompatibles con la vida extrauterina.

Fuera de este caso puntual, la doctrina española vinculó esta causal con “la importancia y perdurabilidad de esas graves taras, así como el grado de su reparabilidad (...) lo que se refiere no solo a la acción curativa dirigida al feto en sí mismo, sino, además, que no suponga graves riesgos

degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

⁸⁴ SÁNCHEZ H., Álvaro. 2015. La regulación del aborto en España: 1985 – 2015. Trabajo de Fin de Grado Universidad del País Vasco. 17p. [en línea] <<https://addi.ehu.es/handle/10810/17722>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁸⁵ CERESO M., J. 1982. La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal Español. En: BARBERO S., M. (editor). La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales. Madrid. 570p.

para la madre”⁸⁶. La configuración de la causal, entendida de este modo, depende entonces de la severidad propia de la patología, pero también de la posibilidad de tratar tal enfermedad y sin que se comprometa la salud o vida de la madre. Queda claro, según lo dicho, que los avances en la ciencia médica bien podrían mover el límite de lo que sea considerado una grave tara física o psíquica, si se desarrollaran nuevos tratamientos o los existentes pudieran aplicarse sin riesgo para la gestante.

Más tarde, y de manera relativamente reciente, se volvió a legislar en España para ampliar los supuestos donde se permite la interrupción del embarazo, estableciéndose un sistema de plazos. La Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, estableció un plazo de catorce semanas para abortar sin necesidad de invocar una causal (artículo 14). Tras ese periodo, la ley mantuvo las indicaciones terapéutica y eugenésica. En esta última, sin embargo, se hizo una distinción. Por un lado, se mantuvo la indicación para los casos con riesgo de graves anomalías en el feto dentro de las primeras veintidós semanas, pero, luego, se agrega una causal propiamente embriopática (en el sentido en el que se la ha definido en este documento) según la cual se autoriza el aborto, sin límite de plazo, en los casos de anomalías fetales incompatibles con la vida. A este supuesto, se añaden también los casos de enfermedades extremadamente graves e incurables⁸⁷.

Esta ley representa cambios interesantes dentro de la legislación hispana. Con ella, la regulación del aborto sale del Código Penal, pasando ahora a ser normado por una ley especial que no se limita a la (des)penalización del aborto, sino que, con una perspectiva mucho más holística, regula de manera integral aspectos vinculados a la salud y educación sexuales y reproductivas, de los cuales el aborto es

⁸⁶ ROMEO C., C. 1989. La protección jurídica del concebido. El feto como paciente. Nuevo Foro Penal 45. 333p.

⁸⁷ En particular, el Artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo dispone: “Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

solo uno más⁸⁸. Ello parece abordar de forma más efectiva el fin último que toda política pública respecto al aborto debería tener: disminuir el número de aborto (legales o no). Por otro lado, es destacable cómo la legislación amplía la causal embriopática, permitiéndola en cualquier tiempo cuando se refiera a inviabilidad del feto o enfermedades extremadamente graves e incurables. Así, se reconoce el límite de la viabilidad fetal como coto para el aborto en casos de anomalías que no comprometen la vida extrauterina, pero se corrige esto en casos donde la expectativa de supervivencia es baja o nula, permitiéndose el aborto aun después de las veintidós semanas⁸⁹.

La ley de 2010 establece la legislación vigente en España hasta el día de hoy. Con todo, vale la pena mencionar que ha habido esfuerzos para realizar una contrarreforma, esto es, volver a un sistema de indicaciones. En efecto, en el año 2013 se presentó una reforma legal en materia de aborto que hubiera establecido un sistema más restrictivo que la ley de 1985 pues solo reconocía las indicaciones terapéutica y ética, reconviniendo la causal embriopática a los casos donde generara grave riesgo para la salud psíquica de la mujer, es decir, era absorbida por el aborto terapéutico⁹⁰. La reforma, sin embargo, no prosperó y fue retirada por falta de apoyo.

⁸⁸ Con razón se ha dicho que “[E]n la mayoría de los casos, el aborto es la consecuencia de una pésima o inexistente educación sexual y reproductiva y de un deficiente acceso a los métodos de control de la natalidad” CASADO, M. 2011. Sobre el aborto y la Ley Orgánica española 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Perspectivas bioéticas* 28-29. 79p. [en línea] <<http://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/ff808181516c76b60151afd64f0b007b>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁸⁹ En relación a la viabilidad fetal en términos de edad gestacional, se ha señalado que “[A]unque no hay un acuerdo sobre cuánto es demasiado pequeño, existe una aceptación tácita que 23 semanas sería el límite de la viabilidad. Numerosas referencias parecen validar este límite de viabilidad por lo que utilizando criterio estadístico parecería prudente en nuestro medio no establecer una reanimación activa a edad gestacional igual o menor a ésta (Mortalidad del 100% en nuestro Hospital Clínico y en el grupo Neocosur y del 75% para NICHD)”. HUBNER G, M. y RAMIREZ F, R. 2002. Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro. *Revista Médica de Chile* 130(8). [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872002000800015&lng=en&nrm=iso> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁹⁰ SÁNCHEZ, Op. cit., pp. 40-41.

IV. REVISIÓN Y CRÍTICA DE LOS FUNDAMENTOS QUE PUEDA TENER EL ABORTO EMBRIOPÁTICO

Luego de haber revisado la figura del aborto embriopático en Chile y en el derecho comparado, es procedente revisar las razones por las cuales se pudiera justificar su recepción legal. Partiendo de la base que el aborto (incluso el voluntario) efectivamente atenta contra un bien jurídico valorable y valorado y que, en el caso chileno, la constitución ordena al legislador su protección, cabe preguntarse sobre qué fundamentos pueden aceptarse para su despenalización (o legalización), con el objeto de estimar si estos concurren respecto a la ley 21.030.

En principio, esta sería una tarea titánica pues el debate podría partir (o terminar), al menos tangencialmente, en el origen y la dignidad o valor de la vida humana, cuestión que supera por mucho las capacidades y el objeto de este trabajo. Sin embargo, parece posible afirmar que el aborto embriopático, establecido en la forma que lo hace la ley 21.030, es, relativamente, un caso de *fácil* justificación, pues su alcance limitado, de algún modo, reduce el umbral de los argumentos necesarios y suficientes para validarlo. Así, una hipotética indicación eugenésica requeriría un esfuerzo argumentativo mucho mayor que una indicación que, si bien se vincula con la vida no nacida y el deber de protección respecto de esta, solo aplica cuando esa vida ya se ha frustrado.

En lo sucesivo, se analizan tres perspectivas particulares que permitirían justificar la procedencia del aborto embriopático en la forma en que ha sido regulado por la ley chilena. Si bien muchas más razones podrían ser discutidas a favor, y otras tantas en contra, de esta figura, los elementos que se revisan abarcan de forma bastante comprensiva varios enfoques que es posible adoptar en torno a este tema. En primer lugar, se discutirá sobre la integridad física y psíquica de la embarazada y cómo estos derechos pueden llegar a estar comprometidos si la gestante estuviera obligada a llevar a término su embarazo inviable. Luego, se revisa el especial deber de solidaridad de la mujer embarazada respecto del feto y cómo este no resulta aplicable si el feto no es apto para la vida extrauterina. Al final, se analiza el derecho a la vida y su posible aplicación al feto y, especialmente, al feto inviable, concluyendo que, incluso si se reconociera un derecho a la vida del que el feto es titular, esta consideración no sería óbice para la procedencia del aborto embriopático.

a. Integridad física y psíquica de la mujer embarazada con un feto inviable

Las afectaciones que el proceso del embarazo genera en la mujer gestante son evidentes. Incluso un embarazo y parto exitosos, habrán implicado una serie de molestias, riesgos e intrusiones muy relevantes en la vida de la mujer. En los casos de embarazos más complejos, estos pueden llegar a comprometer su salud o incluso su vida⁹¹. De algún modo, estos riesgos son sacrificios temporales que se justifican una vez que el proceso llega a término, dando lugar a una nueva vida independiente. Así, al menos en los embarazos deseados, es dable asumir que la futura madre aceptará los problemas asociados al embarazo con la expectativa de que, a su fin, tendrá a su hijo con ella.

El escenario cambia cuando es posible anticipar, con razonable probabilidad, que al final de la gestación, el hijo no sobrevivirá al parto o vivirá muy brevemente luego de haber sido dado a luz. En estos casos, los riesgos y alteraciones que implican el embarazo sobre la mujer parecen perder toda justificación. De esto da cuenta el mensaje de la ley 21.030 cuando señala que “[F]orzar a la mujer a llevar a término tal embarazo, o bien obligarla a que espere la muerte del feto, supone mantenerla en un permanente estado de duelo”⁹². Es claro cómo la continuación forzada de un embarazo (bajo el entendido de una prohibición total del aborto voluntario) que no fructificará, puede implicar un desgaste y dolor constantes que dañan la integridad psíquica de la embarazada.

A la luz de lo anterior, la indicación embriopática se justifica como un medio para proteger la integridad física y psíquica⁹³ de la mujer con un embarazo inviable. Esto no solo implica darle la opción de terminar con su *duelo* sin tener que esperar al parto, sino que también evitarle los riesgos de salud e inconveniencias propias del embarazo que, en este caso, carecen de justificación, atendido que no hay un embrión o feto viables. Desde el punto de vista penal (y esto aplica para cualquier razonamiento en torno a la causal embriopática), la protección del bien jurídico vida dependiente, no puede justificar la severa sanción asociada a la comisión de un aborto en estos casos pues, en cuanto estadio transitorio protegido en miras a la consecución de una vida independiente, cuando esta ya no es posible, la protección del feto pierde sentido. Tal como se ha señalado, “[L]a exigencia del deber de

⁹¹ De aquí la relevancia de una indicación terapéutica que permita la interrupción del embarazo cuando están comprometidas la salud o vida de la mujer.

⁹² Historia de la Ley 21.030, Mensaje, 10p. [en línea] <<http://s.bcn.cl/22319>> [consulta 31 agosto 2018]

⁹³ Es bien sabido que, de acuerdo a la Constitución Política de la República, se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (Art. 19 N° 1).

tolerar el embarazo en estos casos sólo puede basarse en una consideración del respeto por la vida del feto de carácter trascendente o sobrenatural, ajena a su concepción como un presupuesto de la autonomía (potencial) de un ser humano”⁹⁴.

Conviene notar que el reconocimiento de la indicación embriopática para abortar en los casos de inviabilidad, deja a salvo la posibilidad (el derecho) de la madre de continuar adelante con su embarazo, si así lo desea en razón de sus creencias religiosas o por cualquier otro motivo.

Este razonamiento no parece tener fisuras si se parte de la base que se sabe con certeza que el embarazo en cuestión no dará lugar al nacimiento de una vida independiente perdurable. En la realidad de las cosas, sin embargo, lo único cierto es que los diagnósticos médicos tienen grados de confiabilidad variable y que una decisión, como la de abortar en razón de ser el feto inviable, necesariamente tendrá un margen de error⁹⁵. Esta discusión fue parte del debate legislativo en relación a la ley 21.030 y zanjada por el Tribunal Constitucional en su sentencia⁹⁶. Al final de día, tal

⁹⁴ BASCUÑÁN R., 2004a, Op. cit. p. 177.

⁹⁵ Se ha estudiado que bajo la denominación de “malformaciones letales” (*lethal malformations*) se suele agrupar una serie de patologías que no necesariamente corresponden a “una condición que invariablemente conduce a la muerte en el útero o en el período neonatal, independientemente del tratamiento de apoyo que se intente” (“*A condition that invariably leads to death in utero or in the newborn period, regardless of attempted supportive treatment*”). Esto, pues en algunos casos se ha registrado una supervivencia de hasta décadas de años. Con todo, los autores de este estudio reconocen que la alta probabilidad de muerte y la naturaleza de las deficiencias que afectarían a los supervivientes, hacen cuestionable si la aplicación de tratamientos para prolongar la vida es adecuada, a la vez que instan a que, en los países donde las malformaciones letales son motivo para un aborto, su concepto sea precisado. *Fatally flawed? A review and ethical analysis of lethal congenital malformations*. 2012. Por D. Wilkinson “et al”. [en línea] <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1471-0528.2012.03450.x>> [consulta: 31 agosto de 2018]

⁹⁶ Entre los argumentos alegados por quienes sostenían la inconstitucionalidad de la ley 21.030 se encontraba la dificultad de diagnosticar las patologías incompatibles con la vida extrauterina. En el considerando nonagésimo octavo de su sentencia afirmando la constitucionalidad de la normativa, el Tribunal Constitucional señaló: “(...) Por lo demás, lo fácil o difícil del diagnóstico de una determinada enfermedad no hace más o menos constitucional la norma.

También hay que considerar que la enfermedad que permite la interrupción del embarazo no es la única enfermedad de difícil diagnóstico en nuestro país. Ello no ha impedido que opere la medicina o se paralice el proceso de atender el paciente.

Asimismo, este tipo de obstáculos no pueden impedir la posición legal que otorga el proyecto de ley a la mujer. Los médicos deben desplegar el máximo esfuerzo que su ciencia les permita, para que no se sume a la patología del feto, el peligro sustantivo de una parálisis decisoria por falta de un diagnóstico correcto y oportuno.

Sin duda que los facultativos deben actuar sobre la base de una información relevante, completa y confiable. Pero eso no se lo puede garantizar el proyecto de ley. Tiene que ver más con especialidades médicas, infraestructura, equipamiento”.

El Tribunal continúa y agrega, en su considerando centésimo: “(...) hay que considerar que la decisión está sujeta al informe previo y favorable de dos diagnósticos médicos en igual sentido. Y no de cualquier médico,

como lo señala el Tribunal, ha de estarse a lo que el equipo médico, a cargo de la intervención y de acuerdo a la *lex artis* médica, diagnostique y a la decisión que libremente tome la mujer embarazada. La falta total de certeza (o la remota posibilidad de un milagro) no puede justificar que se siga afectando la integridad física o psíquica de la gestante que no quiere llevar a término un embarazo que, de acuerdo a la evidencia médica disponible, será infructuoso.

b. El deber de solidaridad de la mujer embarazada respecto al feto

Corrientemente, el tipo de aborto y, en particular, la especie autoaborto, se fundamentan en la especial posición en que se encuentra la mujer embarazada respecto del embrión o feto en su vientre. Se señala que esta tendría un deber de solidaridad respecto del nonato. En la doctrina nacional, este punto ha sido tratado por Javier Wilenmann⁹⁷. De acuerdo a este autor, la regulación penal del aborto se caracteriza por “el reconocimiento de una intensificación de la protección del *nasciturus* frente a la mujer embarazada, tanto por ampliación de los supuestos de realización del tipo como en relación con la penalidad asignada por el sistema”⁹⁸. Ello habida cuenta de que la mujer comete este delito tanto causándose un aborto, como consintiendo en que otros se lo causen, mientras que, además, recibe una pena superior a la que arriesgan los terceros. Sin embargo, a diferencia de buena parte de la doctrina nacional, Wilenmann estima que el autoaborto, cuando la mujer solo consiente en que otro se lo cause, “no es la elevación de una situación de participación a las penas de autoría (...), sino que es la expresión de la extensión de la norma de comportamiento hacia una especie de mandato restringido”⁹⁹, mandato que el autor funda en un suerte de posición de garante que le cabe a la mujer respecto del feto, que no es otra cosa que un deber especial de solidaridad.

Tal deber está fundado exclusivamente en lo imprescindible que resulta el rol de la mujer embarazada si se ha de proteger al feto. Atendido el valor que el sistema jurídico le asigna a la vida dependiente, el deber del Estado y, en especial, del legislador (por mandato constitucional) de

sino que de ‘médicos especialistas’. Por lo mismo, hay que confiar en la capacidad de ese equipo y en la *lex artis* que lo guía”.

Y, en fin, en el considerando centésimo primero se señala. “(...) debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible”.

⁹⁷ WILENMANN, Op. cit.

⁹⁸ Ibíd. p. 283.

⁹⁹ Ibíd. p. 284.

proteger la vida del que está por nacer, y dado que “la tolerancia de la mujer de la afectación de su cuerpo que supone el embarazo es siempre necesaria para la supervivencia del feto (...) [el Estado] tiene que transferir todo el peso de sus deberes a la mujer, ya que él mismo no puede sustituir su posición”¹⁰⁰. Se impone, entonces, un especial deber de tolerancia a la mujer, el cual no solo se traduce en una prohibición (no causar el aborto) sino también en un mandato que exige “resistir la causación de abortos desde afuera”¹⁰¹, es decir, no consentir en que terceros causen su aborto.

Esta explicación, sin perjuicio de las críticas que puedan hacersele¹⁰², es interesante pues, a pesar de tener argumentos que pudieran excluir la despenalización del aborto en virtud de un sistema de plazos, reconoce la atipicidad del aborto en las indicaciones terapéutica y embriopática¹⁰³. En efecto, dado que el aborto se fundamenta en el especial deber de solidaridad de la mujer embarazada, en aquellas situaciones donde tal deber no se justifica, el aborto por parte de la mujer no da lugar a una causal de justificación, sino que, derechamente, hace la conducta atípica. En el caso del aborto embriopático, “el deber de solidaridad debe referirse a un bien al que el sistema le otorgue suficiente valor para imponer el sacrificio y ello implica la viabilidad de la salvación. Con ello, cuando la indicación embriopática se refiera a un feto inviable, la imposición de deberes de solidaridad no tiene sentido”¹⁰⁴.

Si bien estas consideraciones se referían al estado del derecho chileno antes de la entrada en vigencia de la ley 21.030 y, por tanto, correspondían a una construcción doctrinaria, aún hoy sirven igualmente para fundamentar la recepción del aborto embriopático en el derecho positivo nacional. Tal como se ha legislado, la indicación embriopática se limita exclusivamente a los casos donde hay una patología que afecta al feto y que determina la imposibilidad de la vida más allá del parto (o en el tiempo próximo a él). En este supuesto, tal como se ha señalado, desaparece el deber de solidaridad de la mujer pues la vida dependiente que no es viable como independiente, no es valorada lo suficiente como para generar una posición de garante en la gestante que justifique su deber de

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 301.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 306.

¹⁰² Juan Pablo Mañalich critica la tesis de Wilenmann señalando que en su “argumentación se confunde la respuesta a la pregunta por las circunstancias bajo las cuales se actualizaría el deber en cuestión (‘necesidad’) con la respuesta a la pregunta por el fundamento de ese mismo deber (‘solidaridad’)”. MAÑALICH R., J. 2016. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades* 23. 312p.

¹⁰³ Por el contrario, esta teorización no parecería sustentar la indicación criminológica. WILENMANN, Op. cit. pp. 308-309.

¹⁰⁴ *Ibíd.* p. 308.

tolerancia (que da origen a obligaciones de naturaleza positiva y negativa) en relación al *nasciturus*.

c. Inviabilidad de la vida extrauterina y derecho a la vida del feto

Una cuestión insoslayable que debe ser abordada cuando se analiza la despenalización del aborto es el derecho a la vida y el espacio que le quepa al ser humano todavía en gestación como presunto titular de este derecho¹⁰⁵. El reciente y explícito pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a este asunto, podría usarse para zanjar la discusión. Con todo, es útil revisar las consideraciones que ha habido en torno al feto y su estatus como (no) persona y el derecho a la vida del que sería sujeto.

Es preciso señalar que, en contra de la postura mayoritaria sostenida en el derecho comparado, en Chile varios autores han señalado que el feto es persona y, en cuanto tal, goza del derecho a la vida consagrado en la Constitución. Consecuentemente, este derecho a la vida se vería conculcado con la legalización del aborto, resultando, entonces, que la despenalización del aborto sería inconstitucional¹⁰⁶. En efecto, “la mayoría de los autores entiende que es persona el ser humano desde el momento de la concepción o fecundación. Esto significa que estima como sinónimos las expresiones persona y ser humano”¹⁰⁷. Por ejemplo, el profesor Corral señala que “lo cierto es que si nos queremos tomar en serio los valores éticos que legitiman nuestro orden jurídico: igual dignidad de las personas, todo ser humano es persona, toda persona tiene derecho a la vida, debiéramos estar dispuestos a admitir que el concebido, en cuanto ser humano actual y no en potencia, es decir sustancia individual perteneciente a la especie humana, tiene derecho a la vida y que merece ser

¹⁰⁵ “El debate sobre el aborto, sin embargo, se ha enfocado normalmente en la cuestión de si los fetos son o no personas propiamente dichas con derecho a la vida. El argumento más común de la gente pro-vida es que los fetos son personas, y concluye que, por lo tanto, tienen derecho a la vida. El argumento más frecuente de los pro-elección es que los fetos no son personas y concluyen que, por lo tanto, no tienen derecho a la vida y que el aborto puede ser así moralmente aceptable. Ambas posiciones están de acuerdo que las «personas» tienen derecho a la vida y la discusión se centra en la cuestión de si los fetos son o no «personas»”. SELGELID, M. 2004. ¿El aborto para la Prevención de las Imperfecciones Humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales. *Revista de Filosofía* 31. 115-130. Los puntos revisados por este autor son particularmente interesantes pues sostiene que la cuestión sobre si el feto es o no persona, admite respuestas intermedias y es, en todo caso, independiente de la cuestión sobre si el aborto es moral o no.

¹⁰⁶ Salvo, según se ha visto, que se trate de una aplicación de la teoría del doble efecto.

¹⁰⁷ FIGUEROA G., R. 2007. Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de derecho Valdivia* 20(2). [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200005&lng=es&nrm=iso> [consulta 31 agosto 2018]

defendido contra las acciones de terceros que persiguen su muerte”¹⁰⁸.

En la vereda del frente, se sostiene que “persona es el ser humano nacido. A dicha conclusión puede llegarse en virtud de lo establecido en el Código Civil chileno (...) [de acuerdo al cual] solo con el nacimiento comienza la existencia legal de la persona; antes de dicho evento no existe una persona desde un punto de vista legal”¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Abonan a esta tesis el hecho de que la Constitución disponga, en su artículo primero, que “[L]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en su artículo 19 número uno que “[L]a ley protege la vida del que está por nacer”. Se, argumenta, entonces, que solo tras el nacimiento se poseen derechos o, lo que es lo mismo, se es persona. A la vez, el *nasciturus* que, de acuerdo a esta interpretación, la Constitución no considera persona, es objeto de una protección distinta, que toma la forma de un mandato al legislador y no de un derecho a la vida propiamente, reservado solo a las personas a quienes la Constitución se los asegura.

Como se adelantó, el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 3729-17 se pronunció sobre si el feto es o no persona de acuerdo a la Constitución chilena, adhiriendo a la segunda tesis planteada. En efecto, el Tribunal hace eco de la diferenciación que hace el número uno del artículo 19¹¹¹ y termina

¹⁰⁸ CORRAL T., H. 2005. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. *Ius et Praxis* 11(1) [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&nrm=iso> [consulta 31 agosto 2018]

¹⁰⁹ MAYER L., L. 2011. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. *Revista de Derechos Fundamentales* 5. 64p.

¹¹⁰ En contra, se ha argumentado que “una interpretación sistemática y actualizada del Código Civil, hecha ahora en la perspectiva del concepto institucional de persona, que es el recogido por nuestro texto constitucional y por la cultura jurídica nacional, no puede sino admitir que, en nuestro Código Civil, el *nasciturus* es considerado un ser humano, y por ende una persona con derecho a la vida. Esta lectura actual de las viejas normas es facilitada por un precepto ordinariamente descuidado por nuestra dogmática. Se trata del artículo 55, en el que Bello introdujo una norma muy vanguardista, no sólo para su época sino incluso en la nuestra: ‘Son personas todos los individuos de la especie humana’”. CORRAL, 2005, Op. cit. En el mismo sentido, se ha afirmado que “[L]a persona humana, entonces, se encuentra presente desde el inicio de la vida, desde la concepción, aun cuando el embrión sea persona en potencia y el bebé sea persona en acto, porque la vida que protege la Constitución no puede ser sino la vida desde el primer instante de la fecundación y hasta la muerte. Luego, la disposición constitucional citada significa que en Chile también goza del derecho a la vida el ser que ha comenzado a gestarse y que aún no nace, al contrario de lo que existe en muchos países, donde no se garantiza la vida del que está por nacer, donde no se la considera digna de protección, y se autoriza el aborto”. DIEZ U., S. 1999. *Personas y valores. Su protección constitucional*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 125-126. Comparte este criterio también FERNANDOIS V., A., *La píldora del día después: aspectos normativos*. *Revista de Estudios Públicos* 95. pp. 91-118.

¹¹¹ Desde una interpretación gramatical, en el considerando septuagésimo sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, se señala: “Que un segundo argumento para sostener que el que está por nacer no es persona, la da el propio artículo 19 N ° 1 de la Constitución.

señalando que “[E]l no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos”¹¹². En este sentido, pareciera que el Tribunal comparte la opinión de que el derecho a la vida “debe ser entendido como un derecho que se ejerce en libertad, esto es, autónomamente por parte de su titular. El derecho a la vida como realidad normativa y no meramente biológica debe ser entendido, consiguientemente, como un derecho constitucional a la vida autónoma”¹¹³.

Incluso bajo este prisma, tanto los autores que adhieren a esta postura como el propio Tribunal Constitucional, son conscientes que, a pesar de no ser titulares del derecho a la vida, los seres humanos en gestación son de un valor enorme dentro de nuestro sistema y deben ser protegidos, incluso por medio del derecho penal y el tipo del aborto, aunque este no deba ser sancionado en todos los casos. Atendido el mandato del legislador de proteger la vida dependiente, los casos en que deba admitirse la interrupción voluntaria del embarazo, se resolverán, básicamente, en consideración a si debe darse mayor valor a la vida del feto o si, en cambio, los derechos de la mujer embarazada son afectados de una manera tal que hacen procedente el aborto por ser relativamente más importantes que la vida dependiente.

Cuánto valor debe darse al feto es una cuestión debatida. En el extremo *pro choice* se puede llegar a afirmar que “las legislaciones que regulen el aborto podrán restringirlo solo cuando sea posible reconocer, en el nasciturus, alguna de las características relevantes compartidas por las personas humanas, como por ejemplo, la percepción o conciencia del dolor (...) [dado que] esa característica, que ameritaría una consideración jurídica, solo aparece en la última etapa del embarazo, entonces nuestra legislación debiera no sólo despenalizar el aborto en aquellos casos calificados por las organizaciones de derechos humanos como graves (peligro para la salud y vida de la madre y violación) sino que debiera proponerse, más que una reforma con indicaciones, una ley que (...) reconozca la importancia de plazos, al momento de dar protección al nasciturus”¹¹⁴.

Este parte por señalar que la Constitución asegura a todas ‘las personas’. Es a estas a quienes les reconoce derechos. Luego, el inciso primero del artículo 19 N ° 1, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a ‘la persona’.

Sin embargo, el inciso segundo ya no emplea la expresión ‘persona’. Habla ‘del que está por nacer’.

Tal como se dijo en estrados por el abogado del Ejecutivo, si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición ‘del’, sino que ‘de la’ que está por nacer”.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, considerando septuagésimo séptimo.

¹¹³ MAYER, Op. cit. p. 67.

¹¹⁴ ZÚÑIGA F., Op. cit. p. 176.

No es, sin embargo, necesario llegar tan lejos para fundamentar la indicación embriopática contenida en la ley 21.030. Tal como se señaló anteriormente, el embarazo y, en particular, uno en que se gesta una vida inviable, suponen importantes riesgos para la integridad de la mujer. En este caso, no solo hay una afectación grave a los derechos constitucionalmente reconocidos de la mujer que, por si solos, pudieran superar el valor de la vida dependiente, sino que, además, esta vida no es tal, en realidad. “En efecto, ¿por qué estaría una gestante obligada a hacer tal sacrificio para llevar a término un embarazo cuyo producto ni siquiera es viable, es decir, donde no habría ninguna vida que tutelar?”¹¹⁵. Al final del día, ante una situación como el supuesto fáctico recogido en la segunda indicación de la ley 21.030, lo único que se está decidiendo es cuándo muere el gestado: si antes o después del parto. En este contexto, hace todo el sentido que sea la mujer embarazada la que decida, sin amenaza penal de por medio, si quiere continuar con el embarazo o no.

Conviene resaltar que lo dicho aplicaría de igual forma incluso si se aceptara que el feto es persona y goza de un derecho a la vida equivalente al de un ya nacido. Ese derecho todavía estaría notablemente disminuido, por ser un medio respecto de un objeto último imposible (la vida independiente). En tal situación, a partir de la ponderación de los intereses en conflicto, deberían favorecerse los de la mujer. En cualquier caso, en este debate, vale tener a la vista que estatus de persona o no que se le atribuya al feto, no resuelve la discusión¹¹⁶.

A la luz de estas diversas consideraciones, la recepción del aborto embriopático como causal para la despenalización del aborto en el derecho nacional, aparece como justificada y mesurada,

¹¹⁵ ZÚÑIGA AÑAZCO, Y. 2016. La regulación del aborto: entre el control y la autonomía. En: CASAS B., L. y LAWSON, D. (Compiladoras). Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Santiago. 144p.

¹¹⁶ Esto puede ser ilustrado por medio del conocido caso del violinista: “Supongamos que usted despierta una mañana y se encuentra en la cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por consiguiente, le han secuestrado y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo para que sus riñones puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: “Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho esto. Nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos, no se preocupe, sólo es por nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro”. THOMSON, J. 1971. A Defense of Abortion. En: Philosophy and Public Affairs 1. pp. 47-66. Citado por MAÑALICH, 2016, Op cit. p. 308.

considerando que el castigo penal parecía solo agravar el sufrimiento propio de un embarazo condenado a fracasar, donde el bien jurídico protegido vida independiente (cualquiera sea el estatuto asignado a su protección) se encuentra, ya de hecho, conculcado.

V. ANÁLISIS DE LA INDICACIÓN EMBRIOPÁTICA DENTRO DEL ESQUEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL DELITO DE ABORTO

En este capítulo se revisará el efecto que la concurrencia de la indicación para el aborto embriopático tiene dentro de la asignación de responsabilidad por la comisión del tipo de aborto. Conviene advertir que, dado que la causal solo aplica al aborto consentido por la mujer embarazada y realizado por profesionales de la salud, este análisis se llevará a cabo respecto tanto de la gestante como de los facultativos, considerados separadamente.

Respecto a los terceros, es claro que la ley 21.030 no modifica en nada el tipo de aborto establecido en los artículos 342 y 343 del Código Penal que, por lo tanto, quedan excluidos de este estudio. De la misma forma, el autoaborto tampoco será considerado en este análisis. Aunque la actual redacción del artículo 344 parecería admitir que un autoaborto pudiese quedar sin pena¹¹⁷, como se ha visto y se verá con mayor detalle en este capítulo, la intervención médica es esencial para configurar las causales admitidas por la ley, de modo que solo adquieren relevancia cuando la mujer “consintiere” en el aborto y no cuando lo “causare”.

a. En relación a la mujer que consiente en el aborto embriopático

La reforma hecha por la ley 21.030 al Código Penal se conformó con incorporar la frase “fuera de los casos permitidos por la ley” en el artículo 344 para efectos de regular las consecuencias penales de las causales que permiten la interrupción del embarazo. Dado que el aborto embriopático nunca existió en el derecho nacional hasta la reciente reforma, es útil referirse a lo que la doctrina había dicho respecto al aborto terapéutico antes de la ley 21.030.

Tal como se mencionó en el capítulo introductorio, la mayoría de la doctrina nacional entendió que el aborto terapéutico configuraba una causal de justificación que eliminaba la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, los autores suelen plantear esto desde el punto de vista del actuar del médico interviniente, el que deberá contar con el consentimiento de la mujer para realizar el aborto,

¹¹⁷ De acuerdo a la redacción actual del artículo 344, “[L]a mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause (...)”, parecería que la ley permite casos donde la mujer provocara su propio aborto cuestión que no se condice con el esquema actual de las causales.

atendido que, en cuanto intervención médica, requiere el consentimiento de la paciente que la recibirá. Este enfoque centrado en el médico y no en la mujer embarazada se debe, probablemente, a que “la irresponsabilidad de la mujer en casos de riesgo para su vida o su salud nunca se ha puesto en duda, pues según la gravedad de la situación ella resulta amparada por la eximente de miedo insuperable del art. 10 N° 9”¹¹⁸.

Que las indicaciones para interrumpir el embarazo se configuren como causales de justificación o solo como motivos para la exculpación no es baladí. En efecto, la concurrencia de una causal de justificación implica “legitimar hechos por regla general prohibidos bajo una sanción penal. La concurrencia de una de estas causas implica que la conducta se encuentra permitida o, incluso, exigida, y pasa a ser lícita”¹¹⁹. Sin perjuicio de la teoría desarrollada por Günther, que diferencia entre una antijuridicidad penal y una aplicable al resto del ordenamiento jurídico¹²⁰, en una teoría unitaria de la antijuridicidad, calificar las causales abortivas como causales de justificación es un aspecto crucial. Por ejemplo, en la doctrina alemana se reconoció que “[C]omo consecuencias de la indicación considerada causa de justificación nos encontramos en primer lugar con la imposibilidad de que un tercero le preste auxilio [al feto]. Nadie podrá impedir que se realice un aborto indicado. Además será válido el contrato celebrado con el médico que versa sobre la interrupción del embarazo. Cabría la cobertura de los gastos ocasionados por la Seguridad Social y se consideraría enfermedad no provocada, dado derecho a la recepción del salario durante la baja ocasionada por el aborto”¹²¹. Por el contrario, la calificación de las indicaciones abortivas como causa de exculpación implicaría las conclusiones inversas: cabría el auxilio de terceros, la prestación de salud no sería un contrato válido (por ilicitud del objeto o la causa) y la seguridad social o derechos laborales de la mujer podrían estar comprometidos. En un extremo, considerando el rol del futuro padre como garante de la vida del que será su hijo, en el caso de la indicación terapéutica sería posible “imaginar el marido que obliga a la

¹¹⁸ OSSANDON, Op. cit. p. 360.

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 360.

¹²⁰ “Un [sic] antijuridicidad penal así entendida exige diferenciar entre dos clases de exclusión del injusto penal. Un primer grupo estaría constituido por causas eximentes no genuinas: Ellas tendrían la capacidad para excluir el contenido de injusto general de la conducta típica, convirtiéndola en lícita para todo el ordenamiento: dados sus amplios efectos, deberían ser examinadas en primer lugar. El segundo grupo, las eximentes genuinas, limitarían su potencialidad a eliminar el contenido específico de merecimiento de pena inserto en el injusto típico, no afectando al componente de ilicitud general de él”. DIEZ R., J. 1995. La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal. *En*: Luzón P., D y Mir P., S. (Coords.). Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal. Navarra. 723p.

¹²¹ ZODER, Op. cit. pp. 252-253.

embarazada a sacrificarse por el *nasciturus*¹²². Es a partir de estas consecuencias inadmisibles, que la mayoría de la doctrina alemana postuló que las indicaciones configuran causales de justificación. Ello, sin perjuicio de quienes sostuvieron que se trataba de causales de exculpación o absolutorias. En la práctica, la jurisprudencia constitucional también las reconoció como causales de justificación¹²³.

Sin perjuicio de las falencias dogmáticas que argumentar desde las consecuencias pueda tener, lo cierto es que las razones expuestas tienen mérito. Por otro lado, en el caso chileno, hay otros argumentos para estimar que las indicaciones son causales de justificación. En primer lugar, abona esta postura el hecho de que el artículo 344 mantenga, con alcances generales, la prohibición del aborto consentido por la mujer *salvo* los casos permitidos por la ley, siendo estos casos, precisamente, las indicaciones y, en particular, la embriopática. En segundo lugar, la propia ley 21.030 se preocupa de establecer la interrupción voluntaria del embarazo como una prestación de salud y de regularla, estableciendo incluso el derecho a un programa de acompañamiento al que la mujer que ha decidido abortar puede concurrir libremente y el que puede ser reclamado, si no se presta de acuerdo a los estándares considerados en la ley. En tercer lugar, a partir del análisis de los fundamentos de la indicación embriopática, es posible observar cómo en estos casos no hay un bien jurídico que proteger o, alternativamente, este se encuentra muy reducido, atendido que la vida en gestación no continuará más allá del parto. Si se considera que “[D]esde un punto de vista formal, la conducta es antijurídica si contraviene una prohibición o mandato legal; y desde uno material, si en ella plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva”¹²⁴, difícilmente podrá estimarse que hay una lesión nociva de bienes jurídicos en el caso de la inviabilidad fetal.

Por las razones expuestas, se considera que el aborto embriopático, cuando concurre, actúa sobre el elemento de antijuridicidad del tipo de aborto, eliminándolo y haciendo la conducta conforme a derecho. En la medida que no se considere que las indicaciones abortivas constituyan elementos negativos del tipo de aborto, no cabe calificar la indicación como una hipótesis de atipicidad. En este sentido, el aborto consentido por la gestante sigue prohibido generalmente fuera de los supuestos del artículo 119 del Código Sanitario. Supuestos que, se verá, no solo se refieren a las circunstancias materiales (v.gr. la existencia de una patología que determine la incompatibilidad del feto con la vida extrauterina), sino que también incluyen una serie de requisitos formales. A mayor abundamiento, la

¹²² *Ibíd.* p. 254.

¹²³ *Ibíd.* pp. 260-261.

¹²⁴ OSSANDON, *Op. cit.* p. 326.

ley chilena no incluye excepciones más extendidas, las cuales sí se establecen en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en España se exime expresamente de pena a la mujer embarazada que consiente su aborto aun si no se cumplen los requisitos formales previos, tales como los diagnósticos médicos necesarios¹²⁵.

b. En relación a los profesionales de la salud involucrados en la intervención

Basándose en los argumentos contruidos por la doctrina antes de la ley 21.030, es fácil construir la indicación del aborto embriopático como una causal de justificación para el médico y el resto de los facultativos que intervengan en un aborto.

En efecto, “antes de que se regulara el aborto terapéutico en el Código Sanitario en el año 1931, se apelaba a la *lex artis* médica no escrita para configurar en ese evento la justificante de ejercicio legítimo de un oficio, contemplada de modo genérico en el art. 10 N° 10 CP [Código Penal]”¹²⁶. Por tanto, en la medida en que el personal médico actuara para salvar la vida o la salud de la madre y dentro de las reglas o principios propios de la profesión médica, la acción abortiva daría lugar a la causal de justificación mencionada. Si bien, mientras estuvo explícitamente admitido el aborto terapéutico en el Código Sanitario, buena parte de la doctrina lo entendió “como una hipótesis de estado de necesidad”¹²⁷, luego, tras la ley 18.826, la mayoría de la doctrina volvió a sostener que se trataba del ejercicio legítimo de una profesión u oficio. En este sentido, por ejemplo, se pronuncian Etcheberry¹²⁸ y Politoff, Matus y Ramírez¹²⁹.

¹²⁵ El artículo 145 bis del Código Penal español establece: “1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

- a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;
- b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;
- c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
- d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. **La embarazada no será penada a tenor de este precepto.**” Énfasis agregado.

¹²⁶ OSSANDON, Op. cit. p. 332.

¹²⁷ *Ibíd.* p. 332.

¹²⁸ “Distinto es el caso tratándose de la causal de justificación del Art. 10 N° 10, esto es, la de obrar ‘en el ejercicio legítimo de un derecho... u oficio’. Desde luego, para que sea aplicable dicha causal será necesario que se reúnan todos los requisitos que legitiman cualquiera intervención médico-quirúrgica, uno de los cuales es el

Con buenas razones, otra parte de los autores critica esta solución. En general, estos autores sostienen que la *lex artis*, en cuanto normas de rango infralegal, no pueden desconocer los cambios legislativos que se pronuncien directamente sobre materias que antes eran propias de la *lex artis* de alguna profesión y reguladas, por tanto, de acuerdo a los principios prácticos y éticos de tal profesión. En este sentido, la derogación del aborto terapéutico en el Código Sanitario necesariamente significó un cambio en la *lex artis* médica, por cuanto el artículo 119 del Código Sanitario prima, por razones de jerarquía y especialidad, por sobre las normas de aquella. Considerando que “[L]a regla del Art. 10 N° 10 CP no es una norma justificante sino una metarregla: otorga prioridad a las normas del ordenamiento jurídico que autorizan a realizar las acciones u omisiones típicas por sobre las normas punitivas. (...) Invocar el Art. 10 N° 10 implica asumir el compromiso de identificar la(s) norma(s) que autorizan a realizar el comportamiento prohibido o a omitir el comportamiento ordenado, y que en tal virtud configuran las causas de justificación”¹³⁰. Si las normas identificadas corresponden a la *lex artis* médica, esta debe reconocerse necesariamente configurada al tenor de lo que establecía el Código Sanitario luego de la reforma en 1989 el cual, como se ha visto, no admitía las intervenciones dirigidas a causar un aborto, sino solo aquellas al amparo de la teoría del doble efecto. Más aun, “[L]a normativa propia del Colegio Médico ha experimentado una evolución similar a la del Código Sanitario. En efecto, la autorización que contemplaba el antiguo Código de ética de 1983 para realizar un aborto como medida terapéutica ha sido derogada”¹³¹⁻¹³².

consentimiento previo de la persona a quien se va a intervenir, que deberá ser expreso, siempre que sea posible, o presunto, cuando sea imposible recabarlo de ella misma (mujer permanentemente privada de sentido, o razón) o éste sea irrelevante para la ley por el estado o condición de la mujer. (...) En seguida, dado que se trata eventualmente de justificar la intervención de quienes ejercen profesiones médicas o auxiliares, la práctica de las mismas sólo puede comprender las intervenciones curativas o terapéuticas, (...) [E]n el caso de que se trate de salvar la vida de la madre, la intervención abortiva es lícita, siempre que el peligro sea cierto de acuerdo con los conocimientos médicos”. ETCHEBERRY, Op. cit. pp. 106-107.

¹²⁹ “De este modo, podemos concluir que, en los casos excepcionales a que se refiere la Declaración del Colegio Médico citada, un *aborto terapéutico* cumple con la finalidad que señala su denominación y, por tanto, debe entenderse ejecutado conforme a la *lex artis*, todo lo cual lleva a la conclusión que se trata de un supuesto *lícito*, justificado con arreglo a la disposición del art. 10 N° 10 del Código Penal, esto es, ‘ejercicio legítimo de una profesión’. Este es el parecer de la doctrina mayoritaria entre nosotros, la que, con razón, agrega el requisito del *consentimiento* de la paciente para que el acto resulte justificado para ambos, por lo que esta especial justificante sólo sería aplicable en los casos de *aborto consentido causado por facultativo*”. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, Op. cit. pp. 96-97.

¹³⁰ BASCUÑÁN R., 2004a, op. cit. p. 165.

¹³¹ OSSANDON, Op. cit. p. 335.

¹³² El Código de Ética del Colegio Médico de Chile en su edición del año 2011 dispone: “Artículo 8. El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico.

Curiosamente, hoy este mismo razonamiento sirve para sostener la conclusión inversa: ahora que el artículo 119 del Código Sanitario admite expresamente la concurrencia de las causales terapéutica, embriopática y criminológica, no cabe sino entender que la *lex artis* médica ha sido reformada una vez más. Esta vez, en el sentido de permitirse las acciones abortivas que cumplan con los requisitos formales y en las circunstancias descritas por la ley. Dado que el texto del artículo 345 del Código Penal se ha mantenido invariable, cabría sostener que, respecto de los médicos y demás profesionales sanitarios que intervengan en un aborto indicado, las causales (y, en especial, el aborto embriopático) configuran la causal del artículo 10 N° 10 del Código Penal con remisión al Código Sanitario como regla que permite llevar a cabo el aborto generalmente prohibido.

Con todo, hay espacio para sostener que, con la inclusión de las indicaciones abortivas, el aborto realizado por facultativos en cumplimiento de alguna de ellas corresponde a un caso de atipicidad, más que una causal de justificación. Dado que el artículo 345 expresamente se refiere al facultativo que “*abusando de su oficio*” *causare o cooperare* con el aborto, es dable concluir que no abusa de su oficio aquel profesional sanitario que realiza la interrupción del embarazo con estricto apego a las normas legales introducidas por la ley 21.030, quedando, entonces, fuera de la descripción típica. A la luz de lo dicho, el planteamiento del profesor Bullemore¹³³ parece ser aplicable en el esquema actual, considerando que para la interrupción *voluntaria* del embarazo, el consentimiento de la mujer embarazada es esencial.

Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo.

Artículo 9. El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna.” [en línea] <http://www.colegiomedico.cl/?page_id=1048> [consulta 31 de agosto 2018]

¹³³ “No habrá delito cuando el médico cumpla con el elemento normativo, referido al tipo, de obrar sin abuso, por estar actuando dentro del concepto de *lex artis* [inclusivo, ahora, de las tres causales]: entonces su conducta será atípica, pero requerirá consentimiento de la madre o el padre”. BULLEMORE y MACKINNON, Op. cit. p. 56.

VI. REQUISITOS FORMALES Y SUSTANCIALES PARA LA APLICACIÓN DEL ABORTO EMBRIOPÁTICO

Para cerrar este estudio, se revisarán esquemáticamente los requisitos específicos, de forma y fondo, que de acuerdo a la ley 21.030 deben concurrir para hacer aplicable la indicación embriopática. En primer lugar, se revisará el consentimiento que debe dar la mujer y las formas que éste puede tomar si la mujer no es plenamente capaz. Luego, se estudiará el rol de los médicos involucrados en la intervención. Por último, se analizarán los aspectos sustantivos de la causal, refiriéndose a las circunstancias que autorizan el aborto embriopático. Adicionalmente, se considerarán aspectos adjetivos anexos a la interrupción voluntaria del embarazo por la segunda causal de la ley 21.030.

a. Consentimiento previo y escrito de la mujer embarazada

La regla general, de acuerdo al inciso segundo del artículo 119 del Código Sanitario es que la mujer manifieste “en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo”. No está de más insistir, nuevamente, en que la anuencia de la mujer en orden a interrumpir su estado de preñez es de la esencia para configurar cualquiera de las tres causales. Si falta el consentimiento de la mujer, no aplicarían las indicaciones del artículo 119 y habría que revisar si la conducta del facultativo que provoca el aborto es abusiva o no. Sin embargo, parece que la conducta del médico podría justificarse solo en relación a la causal terapéutica (si se siente obligado a intervenir para salvar la vida de la madre); en el resto de los casos y, especialmente, en relación a la inviabilidad fetal, la voluntad de la mujer es el único fundamento para proceder con el aborto.

La ley ha previsto situaciones en que la mujer no pueda prestar su consentimiento en la forma descrita. En primer lugar, en subsidio del consentimiento expreso, previo y escrito, se hace una remisión a la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, N° 20.584, y, en particular, a su artículo 15 literales b) y c), los cuales, en realidad, operan como regla de clausura cuando no es posible obtener el consentimiento ni de la paciente ni de un representante adecuado¹³⁴. Sin embargo, de la lectura de los literales

¹³⁴ El artículo 15 de la ley 20.584 dispone: “No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

indicados, no pareciera que estos fueran aplicables sino solo en el caso de la indicación terapéutica. En efecto, el literal b) se refiere especialmente a “casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave”, situación propia de la causal terapéutica. Hay casos que, efectivamente, pueden, al mismo tiempo, implicar la inviabilidad del feto y comprometer la vida (o la salud) de la gestante. Mas, si este fuera el caso, la intervención sin el consentimiento de la mujer deberá fundarse en el riesgo para su vida y no en la patología que afecte el feto. Como se ha dicho, la voluntad de la mujer es esencial para proceder con el aborto embriopático, de modo que no cabe interpretar positivamente su silencio (incluso si este es producto de su incapacidad de expresar su voluntad). El literal c), por su lado, también opera en ausencia de una manifestación de voluntad y solo permite la adopción de “las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”, dentro de las cuales no cabe incluir el aborto embriopático, pues este ámbito es, nuevamente, propio de la indicación terapéutica. Resulta, entonces, que no se podrá proceder con el aborto embriopático si falta el consentimiento de la mujer y de aquellos que pudieran brindarlo en su lugar.

Luego, se ocupa la ley de referirse a los casos en que la mujer embarazada sufre de alguna discapacidad sensorial, mental psíquica o intelectual que, sin haber sido declarada interdicta, no le permite darse a entender por escrito. En tal caso, la voluntad de la mujer podrá manifestarse a través de “los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley Nº 20.422¹³⁵ y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con

a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.”

¹³⁵ En su artículo primero, esta ley dispone que su objetivo es “asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad”. Por otro lado, entre sus principios reconoce la vida independiente, entendida como el “estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad” (artículo tercero, literal a).

Discapacidad”¹³⁶ que al afecto se deberán disponer. Si, en cambio, esta ha sido declarada interdicta por razón de demencia, su representante legal deberá autorizar la intervención, pero teniendo siempre en cuenta la opinión de la gestante, en la medida que sea posible conocerla.

Por último, la ley 21.030 regula especialmente los casos en que la gestante sea una menor de edad. Si se trata de una adolescente de entre 14 y 17 años de edad (inclusive), ella podrá consentir por sí en el aborto, pero deberá darse noticia a su representante legal o a uno de ellos, a su elección, si tuviera más de uno. En cambio, en el caso de menores de 14 años, además del consentimiento expresado por la niña, se requerirá la autorización de alguno de sus representantes legales. La ley contempla un procedimiento ante el tribunal de familia competente para obtener una autorización necesaria en subsidio de la del representante legal que se opone al aborto o que no es habido. Además, podrá recurrirse a este procedimiento, prescindiendo totalmente del representante legal, si, para la embarazada, hay “un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad”. Lo recién dicho aplica tanto para las menores de 14 años como para las interdictas por causa de demencia. En las mismas circunstancias, también podrá omitirse la obligación de informar al representante legal en el caso de las adolescentes mayores de 14 años y, en su lugar, se deberá informar al adulto familiar o, en subsidio, al adulto responsable que la adolescente señalare.

b. Intervención del equipo médico en el aborto embriopático

Al equipo médico que interviene en un aborto embriopático le caben, principalmente, dos funciones. La principal, evidentemente, es llevar a cabo la interrupción del embarazo. Adicionalmente, según se ha dicho ya, se requiere el diagnóstico previo de dos médicos para autorizar el aborto.

Respecto a la operación propiamente, no hay mucho que decir desde el punto de vista regulatorio. La ley solo se limita a mencionar que la interrupción del embarazo debe ser llevada a cabo por un médico cirujano. Deberá, por tanto, ser un titulado de la carrera de medicina quien dirija la

¹³⁶ De acuerdo al artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados Partes “reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”. Además, se obligan especialmente a exigir “a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado (...)”.

intervención. Por otro lado, la ley no se pronuncia sobre los métodos disponibles para realizar el aborto, de modo que serían admisibles desde el uso de medicamentos hasta intervenciones mayores, como la aspiración por vacío o la cesárea.

Fuera del consentimiento previo y escrito, el otro requisito formal esencial para el aborto embriopático, es contar con los diagnósticos coincidentes de dos médicos especialistas. Al respecto, el artículo 119 bis del Código Sanitario, en su inciso segundo, establece que “para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa”. De acuerdo a esto, para proceder con el aborto embriopático se deberá contar con el diagnóstico conteste de dos médicos y de forma previa al aborto. El diagnóstico deberá referirse a la patología que afecte al feto y que determine la incompatibilidad con la vida extrauterina. Naturalmente, ambos diagnósticos deberían certificar la concurrencia de la misma condición. En este sentido, no parece razonable que puedan considerarse como coincidentes dos diagnósticos que determinen la inviabilidad del feto, pero basados en patologías diversas. Considerando que lo que se busca con la exigencia de un doble diagnóstico es reducir el nivel de incerteza respecto a la supervivencia del feto, es de toda lógica exigir que ambos identifiquen la misma afección. Hay espacio, en cambio, para considerar como coincidentes dos informes que determinen la presencia de la misma patología, aun si uno de ellos identifica enfermedades adicionales que el otro no.

No hay claridad sobre qué debe considerarse como un médico especialista para efectos de emitir los diagnósticos. Como se ha anotado antes, un voto concurrente en la sentencia Rol 3729-17 del Tribunal Constitucional estima que solo “los médicos perinatólogos o especializados en salud materno fetal” estarán habilitados para efectuar los diagnósticos necesarios. Le parece, al autor de la concurrencia, que “si la intervención de los profesionales en la determinación del diagnóstico de letalidad fetal, no garantizare, dentro de los límites de la ciencia médica, la mejor de las prognosis” no estaría cumpliendo con el mandato constitucional de protección a la vida que está por nacer. En ese sentido, el diagnóstico de dos médicos obstetras no sería suficiente para fundar la causal embriopática adecuadamente¹³⁷.

El parecer expresado en el voto concurrente resulta razonable. Con todo, no debe ignorarse el riesgo

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, prevención del Ministro Domingo Hernández Emparanza.

de limitar el acceso al aborto embriopático que este razonamiento puede traer, en especial, cuando la ley no ha definido qué especialidades habilitan para la emisión de los diagnósticos. En relación con esto, de acuerdo la norma técnica nacional titulada “Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21.030”, emitida por el Ministerio de Salud, el diagnóstico deberá provenir de “dos ginecobstetras o uno de ellos, más un genetista o especialista en medicina materno fetal”¹³⁸. En cuanto documento técnico y, por tanto, más acorde con la *lex artis* médica, el criterio de la norma técnica nacional parece adecuado, sin perjuicio de la posibilidad de revisar su legalidad, si fuera procedente.

Cabe notar que, a diferencia de lo dispuesto por la ley española, en Chile no hay restricciones para que el médico que emita alguno de los diagnósticos identificando la patología letal, también lleve a cabo la interrupción del embarazo.

c. Patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal

La concurrencia de una patología en los términos contenidos en el N° 2 del artículo 119, es el requisito sustancial y objetivo que hace procedente el aborto embriopático. A lo largo de este texto, se ha hecho presente que este elemento es uno eminentemente técnico, cuya definición debe ser dejada a la ciencia médica y, por tanto, mutable de acuerdo a los avances que se logren en tal área del saber. Conviene destacar, una vez más, que la causal así definida se aleja del concepto de aborto eugenésico reconocido en otras jurisdicciones. En Chile, las malformaciones o enfermedades que no comprometan la viabilidad del feto, por gravosas que sean (tanto para el niño que está por nacer como para su familia) no autorizan la realización de un aborto.

En este punto, es útil volver a la norma técnica nacional del Ministerio de Salud que se refiere, precisamente, a lo que debe entenderse por patología congénita adquirida o genética de carácter letal. A continuación, se la cita en extenso:

“En la literatura médica internacional no existe un consenso sobre el concepto de anomalía

¹³⁸ Norma técnica nacional sobre Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21.030. p. 66. [en línea] <http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/02/NORMA-IVE-ACOMPANAMIENTO_02.pdf> [consulta 31 de agosto 2018]

congénita letal. La Rama de Genética de la Sociedad Chilena de Pediatría, definió como ‘Anomalía congénita de mal pronóstico vital (ACMPV)’ a todo defecto estructural o funcional que compromete seriamente uno o más órganos vitales imprescindibles para la vida extrauterina, que no son reemplazables o recuperables con las herramientas médicas o quirúrgicas actualmente disponibles, y que determina invariablemente la muerte durante el periodo fetal o tras el nacimiento, o que previsiblemente se asocia con un tiempo de supervivencia breve, aunque en condiciones muy excepcionales la supervivencia pudiese ser mayor, pero inevitablemente con una muy mala calidad de vida.

En la actualidad **existe un número limitado de patologías** en las condiciones señaladas en la ley, las cuales están afectas al dinamismo del progreso de la ciencia y tecnología en la medicina moderna, y particularmente en la medicina materno-fetal, neonatología, cirugía infantil y genética”¹³⁹.

Se puede apreciar que este concepto coincide con lo que se ha expuesto anteriormente.

En cuanto a las patologías específicas que se entienden comprendidas en las anomalías congénitas de mal pronóstico vital, la propia norma técnica en comento contiene un listado de ellas, si bien advierte que “no constituyen un catálogo taxativo, sino que reflejan aquellas que según la evidencia son indiciarias de incompatibilidad con la vida extrauterina, en todo caso de carácter letal”¹⁴⁰ quedando la definición final siempre en el diagnóstico coincidentes de los médicos especialistas, tal como exige la ley. Entre estas patologías se menciona: anencefalia, exencefalia y acráneo; holoprosencefalia alobar; atresia laríngea o traqueal; pentalogía de Cantrell; secuencia de tallo corporal; agenesia renal bilateral; riñones multi o poliquísticos con secuencia Potter y de inicio precoz; displasias esqueléticas con hipoplasia torácica y pulmonar; alteraciones cromosómicas como la trisomía 18, 13, 9 y las triploidías; gemelos acárdicos; entre otras patologías de muy baja frecuencia. Así, en principio, los diagnósticos médicos deberán referirse a alguna de estas enfermedades, sin perjuicio de la posibilidad de incorporar otras¹⁴¹.

¹³⁹ Ibíd. p. 52.

¹⁴⁰ Ibíd. p. 52.

¹⁴¹ Eventualmente, podría tener que discutirse cómo valorar la concurrencia de la indicación embriopática cuando es la propia mujer, o un tercero a instancias de ella, quien propicia o genera la patología que compromete la vida extrauterina del feto que se aborta.

d. Elementos adicionales en torno al aborto embriopático

Fuera de los requisitos revisados, conviene tener a la vista otros aspectos adjetivos vinculados con la interrupción del embarazo de acuerdo a la indicación embriopática. En primer lugar, dada la naturaleza de la causal y la posibilidad de aplicarla sin importar las semanas de gestación, es posible que el feto nazca vivo, aun si será solo por un breve periodo. En estos casos, la ley dispone que el prestador de salud otorgue los cuidados paliativos que correspondan¹⁴². Esto aplica igualmente tanto si la mujer optase por interrumpir su embarazo, como si decidiera proseguirlo hasta el momento del parto. La naturaleza paliativa de estos cuidados implica que estarán dirigidos a aliviar el dolor y el sufrimiento asociados a las circunstancias trágicas del caso, que excluyen la posibilidad de un tratamiento curativo.

Otros dos aspectos accesorios a la práctica de un aborto y que son comunes para las tres causales, es la obligación de información que tiene el prestador de salud respecto de la mujer que se encuentra en las circunstancias de hecho de algunas de las causales, y el programa de acompañamiento que debe ofrecérsele tanto a la mujer que decide abortar como a la que continúa hasta el parto. El deber de información incluye datos sobre la intervención misma, en los términos de los artículo 8° y 10° de la ley 20.584¹⁴³, así como programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La

¹⁴² Esto de acuerdo al inciso 12° del art. 119 del Código Sanitario. Es interesante notar que la ley no prevé la situación de que el recién nacido sobreviva de forma prolongada al parto, de modo que deba recibir cuidados paliativos extendidos en el tiempo. Esto podría dar lugar a una discusión sobre la aplicabilidad de la eutanasia neonatal, dado que “el hecho de que se decida el aborto tardío para un feto de más de 24 semanas con una enfermedad muy grave, nos obliga a considerar que ese mismo feto puede nacer vivo con la misma enfermedad. Puesto que el neonato tendría la capacidad de sobrevivir, habría que decidir: 1) si deben aplicarse las medidas médicas necesarias para mantenerlo vivo o no, 2) si se aplican medidas paliativas mientras ocurre la muerte, 3) si se toma una acción directa para terminar con la vida de ese recién nacido”. ÁLVAREZ, A. y GREYER, P. 2008. Aborto tardío y “eutanasia” en neonatos. En: Eutanasia: hacia una muerte digna. Por Ricardo Pérez Tamayo “et al”. Ed. Foro consultivo científico y tecnológico y Colegio de Bioética, AC. México. 71p.

¹⁴³ **“Artículo 8º.-** Toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

- a) Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.
- b) Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.
- c) Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales.
- d) Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.”

naturaleza de estos programas parece indicar que ellos están orientados casi exclusivamente a los casos de embarazos por violación, pues, por ejemplo, un programa sobre adopción mal podría aplicar a un caso donde se está evaluando el aborto embriopático. Con todo, es destacable que la obligación de informar deba ser, por mandato legal, completa y objetiva (en la medida de la posible), sin que busque influir en la decisión de la mujer.

Por último, el programa de acompañamiento que la ley ordena ofrecer a la mujer aparece como esencial en los casos de inviabilidad fetal. Tanto si esta decide abortar como si no, sin duda requerirá de apoyo profesional para enfrentar tanto la noticia misma de que su hijo no nacerá sano, así como el proceso de decisión respecto a la interrupción del embarazo que, inevitablemente, estará marcado por la pérdida. Con todo, el acompañamiento es siempre voluntario para la mujer.

“Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello”.

CONCLUSIONES

A modo de cierre de este trabajo, es posible señalar como conclusiones los siguientes puntos:

1. La ley 21.030 representa un avance importante en la legislación nacional sobre el aborto, pues da reconocimiento formal y soluciones a situaciones dramáticas, dando a las mujeres embarazadas una alternativa cierta y exenta del castigo penal.
2. En particular, el reconocimiento del aborto embriopático, que es una institución inédita en la ley chilena (que solo había conocido el terapéutico), está en línea con lo que parte de la doctrina nacional ya había propuesto.
3. Dado su reducido alcance, es posible distinguir claramente la causal embriopática establecida en el derecho nacional, de la indicación eugenésica, más amplia, reconocida en el derecho comparado.
4. Por lo mismo, la fundamentación del aborto embriopático no encuentra dificultades, tanto si le asignamos un derecho a la vida al feto como si no, pues, en la práctica, su vida ya se ha frustrado de modo que, incluso en la eventual colisión entre los derechos del feto y los de la embarazada, debería darse prioridad a estos por sobre aquellos.
5. Respecto de la mujer, el aborto embriopático se configura como causal de justificación, mientras que respecto de los facultativos que intervengan, podrá dar lugar incluso a la atipicidad.
6. La eventual adopción de un sistema de plazos, debería conservar la causal embriopática del modo que se ha consagrado, pues permite enfrentar circunstancias que se detecten aun tras el hipotético plazo que se fije para abortar sin indicaciones, al no tener límite temporal. Como contrapartida, un aborto tardío puede generar problemas relacionados con los límites de la aplicación de cuidados paliativos y una eventual eutanasia neonatal.

7. Una posible futura reforma sobre el aborto debería hacerse con un enfoque integral que considere no solo los aspectos penales, sino que incorpore elementos de educación y salud sexuales y reproductivas.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Asunción y GREYER, Patricia. 2008. Aborto tardío y “eutanasia” en neonatos. En: Eutanasia: hacia una muerte digna. Por Ricardo Pérez Tamayo “et al”. Ed. Foro consultivo científico y tecnológico y Colegio de Bioética, AC. México.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. 2004a. La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. *Derecho y Humanidades* N° 10.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. 2004b. La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Estudios Públicos* N° 95.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el Derecho Constitucional Comparado. *Revista de Derecho Público* N° 63.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. 1963. Comentario a sentencia. Corte Suprema. Contra Teresa Pastén, *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXII, N° 2, 1963.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, Comentario a sentencia. Corte Suprema. Contra Carrillo H. Sotera y otros, *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXII, N° 2, 1963

BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. 2007. Curso de Derecho penal. Parte especial. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing. Tomo II.

CEREZO MIR, José. 1982. La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal Español. En: BARBERO S., M. (editor). *La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*. Madrid.

CONTESSÉ S., Javier. 2013. Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto. En: *La Ciencia Penal de la Universidad de Chile*.

CORRAL TALCIANI, Hernán. 2005. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. *Ius et Praxis* N° 11 (1).

CORRAL TALCIANI, Hernán. 2016. El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido. *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales.

CURIA CASTRO, Eva. 2016. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el delito de aborto en Chile. Revista Jurídica del Ministerio Público N° 68.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. 1991. La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal. ADPCP, Tomo XLIV, Fasc. III.

DIEZ URZÚA, Sergio. 1999. Personas y valores. Su protección constitucional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ESSER, Albin. 1989. Reforma de la regulación del aborto en el Derecho Penal Alemán: evolución y primeras experiencias En: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain). San Sebastián.

ESSER, Albin. 1999. Reforma de la regulación Alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado. En: del mismo, Nuevos horizontes en la ciencia penal, Buenos Aires.

ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho penal. Parte Especial. 3ª ed., reimpr. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.

FARRÉ T. Elena. 1990. Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. 2004. La píldora del día después: aspectos normativos. Estudios Públicos N° 95.

FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo. 2007. Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. Revista de derecho Valdivia.

HIRSCH, Hans Joachim. 1992. La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana En: La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales. Madrid.

HUBNER G., María Eugenia y RAMIREZ F., Rodrigo. Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro. Revista Médica de Chile vol. 130, N° 8.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2011. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de Derecho, XXIV, N° 1.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2016. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, N° 23.

MARZOA, Ángel. 1989. Extensión del concepto penal de aborto. *Ius Canonicum*, XXXIX, N° 58.

MAYER LUX, Laura. 2011. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 5.

MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. 2008. El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3.

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.

NOGUEIRA DOMÍNGUEZ, Julia. 2014. Análisis de la legislación europea y española sobre salud sexual y reproductiva. *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas.

OSSANDON WIDOW, María Magdalena. 2012. Aborto y justificación. *Revista chilena de derecho*, vol. 39, N° 2.

POLITOFF, Sergio, GRISOLIA, Francisco y BUSTOS, Juan. 1993. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. 2005. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 2ª ed., reimpresión. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ROMEO CASABONA, Carlos María. 1989. La protección jurídica del concebido. El feto como paciente. *Nuevo Foro Penal*, N° 45.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Álvaro. 2015. La regulación del aborto en España: 1985 – 2015. Trabajo de Fin de Grado. Universidad del País Vasco.

SELGELID, Michael J. 2004. ¿El aborto para la Prevención de las Imperfecciones Humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales. *Revista de Filosofía*, N° 31.

WILENMANN, Javier. 2013. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 40.

WILKINSON D, THIELE P, WATKINS A, DE CRESPIGNY L. 2012. Fatally flawed? A review and ethical analysis of lethal congenital malformations.

ZODER, Isabel. 1996. Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 49, N° 1.

ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. 2016. La regulación del aborto: entre el control y la autonomía. En: CASAS BECERRA, Lidia y LAWSON, Delfina (Compiladoras). Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Santiago.

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra. 2011. Aborto y derechos humanos. Revista de derecho Valdivia, vol. 24, N°2.