



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

“ANÁLISIS DEL ABORTO TERAPÉUTICO TRAS LA LEY N°21.030”
Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y
Sociales

JAVIERA CABELLO ROBERTSON
CONSTANZA WITKER JIMÉNEZ
PROFESOR GUÍA: JAVIER CONTESSE SINGH

Santiago de Chile

2018

Agradecimientos

A los médicos Gonzalo Rubio y, especialmente a Daniela Witker, por aportarnos con una perspectiva y conocimientos necesarios para abordar la discusión desde su disciplina;

A nuestro profesor guía por la adecuada atención y rigurosidad, imprescindibles para los objetivos de este trabajo;

Entre las co-autoras de este trabajo, por la entrega, dedicación y reflexión conjunta y, sobre todo, por la sororidad impregnada en cada etapa de esta tesis.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	6
Primera parte: Marcos normativos	
1. Marco normativo del aborto terapéutico	8
1.1 Marco normativo internacional	8
1.1.1 Marco Universal	8
1.1.2 Marco Regional	11
1.1.3 Aplicabilidad en nuestro sistema	14
1.2 Breve historia legislativa de la regulación del aborto en Chile	20
2. Sistemas de despenalización del aborto en el derecho comparado	27
2.1 Sistemas absolutos	28
2.2 Sistemas intermedios	29
2.2.1 Sistemas de indicaciones	30
2.2.2 Sistemas de plazos	33
2.2.3 Sistemas mixtos	34
Segunda Parte: Análisis de la norma prohibitiva: consideraciones generales sobre el delito de aborto y el aborto terapéutico	
3. Sobre el delito de aborto en general	36
3.1 Análisis del tipo objetivo	44
3.2 Análisis del tipo subjetivo	52
3.3 Caracterización del delito	53
4. Sobre el aborto terapéutico	53
4.1 Aborto terapéutico en el lenguaje médico y bioético	54
4.2 Aborto terapéutico en el lenguaje jurídico	57
Tercera parte: Consideraciones sobre la naturaleza de la indicación terapéutica	
5. Problema dogmático	61
5.1 ¿Exculpación o justificación?	61
5.2 Ubicación sistemática de la justificación	68

5.2.1 Causa de justificación supralegal – estado de necesidad defensivo	68
5.2.2 Causas generales de justificación	72
5.2.2.1 Ejercicio legítimo de un derecho	72
5.2.2.2 Estado de necesidad justificante (art. 10 N°11)	74
5.2.2.3 Legítima defensa	76
5.2.3 Causa específicamente consagrada	76
6. Naturaleza normativa de la justificación	77
6.1 ¿Dos o tres elementos?	77
6.2 Panorama y discusión antes de la Ley IVE	79
6.3 Una lectura de la discusión desde la teoría de las normas	81
6.4 Panorama y discusión hoy	87
6.5 Fundamentos y naturaleza de las normas permisivas	89
Cuarta parte: Sentido y alcance de la regulación contenida en la indicación terapéutica	
7. Alcance de la norma contenida en el artículo 119 letra a) Ley IVE	92
7.1 Pertinencia de la discusión	92
7.2 Sobre el “riesgo vital” y “el peligro para la vida” en la Ley IVE	93
7.3 Riesgo vital en la Norma Técnica	96
7.4 Análisis crítico	98
8. Conclusiones	102
Bibliografía	108

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la indicación terapéutica contenida en el primer numeral del nuevo artículo 119 del Código Sanitario, vigente con fecha 23 de septiembre de 2017 en nuestro ordenamiento mediante la ley N° 21.030 “que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”. Específicamente, se busca dar cuenta de la actual configuración de la hipótesis de la indicación de aborto terapéutico en el derecho chileno, el alcance de la respectiva norma permisiva, sus cuestiones dogmáticas y la naturaleza normativa de la disposición contenida en la ley.

El presente trabajo se estructura en cuatro partes. En la primera parte se abordan los distintos marcos normativos, internacionales y nacionales, en los cuales se enmarca la discusión sobre la prohibición, permisión, penalización y despenalización del aborto terapéutico. A continuación se revisa la evolución histórica de la regulación del llamado aborto terapéutico en Chile y los modelos de despenalización en el derecho comparado. En la segunda parte se aborda el análisis de la prohibición penal del aborto en general y luego el aborto terapéutico en particular. En la tercera parte se analiza la naturaleza jurídica de la causal del art. 119 N°1 del Código Sanitario chileno y se indaga en la estructura normológica de la causal, dando cuenta de las relaciones lógicas entre prohibición y permisión. Finalmente, en la cuarta parte se analiza críticamente el contenido de la indicación terapéutica actualmente vigente.

Palabras clave: aborto – indicación terapéutica de interrupción de embarazo – prohibición – permisión – antinomia – autonomía reproductiva

Introducción

Hasta el momento, la discusión sobre la regulación del aborto ha transcurrido, en gran medida, en torno a la cuestión sobre el estatus constitucional del nasciturus. Ello ha sido interesante pero poco fructífero y ha tenido como resultado (si no como finalidad misma) desplazar el foco de la discusión. En este sentido, son cuestiones, y con ello niveles argumentativos, diferenciados: si el feto es un individuo de la especie humana, si ese individuo de la especie humana tiene un derecho a la vida, si ese derecho a la vida tiene un peso relativo superior a otros derechos en caso de colisiones, entre otros. Es que como bien plasmó Judith Jarvis Thomson en su conocido caso sobre el violinista¹, los elementos en juego superan la sola consideración de si el nasciturus es una persona o no. Bien se observa esto en el homicidio por legítima defensa o por estado de necesidad defensivo, y en general en los casos en que un ser humano genere un peligro letal para otro, aun cuando este peligro no provenga de una agresión ilegítima. En efecto, nos parece que la(s) discusión(es) en torno al aborto tiene(n) más bien relación con, y a su vez es más bien comprensible desde, los fundamentos de las prohibiciones y permisiones contenidas en un ordenamiento jurídico. Por lo demás, este camino es interpela elementos propios del derecho y tiene la ventaja de explicitar las decisiones morales y político criminales que envuelve la cuestión.

Bajo esta idea, el presente trabajo tiene por objeto analizar la indicación terapéutica contenida en el primer numeral del nuevo artículo 119 del Código Sanitario, introducida recientemente a nuestro ordenamiento mediante la ley N° 21.030 “que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” (en adelante indistintamente “Ley IVE”, “Ley 21.030” o “IVE tres causales”). Específicamente buscamos poder dar cuenta de la actual configuración de la hipótesis de la indicación de aborto terapéutico en el derecho chileno, el alcance de la respectiva norma permisiva, sus cuestiones dogmáticas y la naturaleza normativa de la disposición contenida en la ley.

Para arribar a ello comenzamos con un somero análisis del marco normativo del aborto tanto a nivel local como regional, pasando por la historia de la regulación en el país y analizando los diferentes modelos de despenalización. Continuaremos con el estudio de los principales aspectos de la normativa que regula el delito de aborto en general, y el aborto terapéutico en particular. Luego indagaremos sobre la naturaleza de la indicación terapéutica en tanto norma permisiva y su relación con las normas

¹ JARVIS THOMPSON, Judith. Una defensa del aborto. Finnis, John et al.(Comp.) Debates sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. Madrid: Ediciones Cátedra, 1992, p. 11-32.

prohibitivas. Finalmente intentaremos establecer el sentido y alcance de la regulación contenida en el nuevo artículo 119 letra a) del Código Sanitario chileno.

1. Marco normativo del aborto terapéutico

1.1 Marco normativo internacional

1.1.1 Marco Universal

i. Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y comenzó a entrar en vigencia el 24 de octubre del mismo año. Contiene 19 capítulos más una introducción y preámbulo, y de ella son actualmente participantes 193 Estados. Su relevancia en materia de derechos humanos y su la unificación de éstos es innegable. Chile es miembro desde su admisión el 24 de octubre de 1945.

A nuestro respecto, lo relevante es que sienta en sus primeros tres artículos la idea de *no discriminación por sexo*, y que en consecuencia implica que no pueden tomarse medidas en consideración al sexo de una persona que puedan resultar, en ese sentido, discriminatorias. De suyo viene su pertinencia en relación al aborto y al evidente hecho de que su práctica solo es ejecutable a personas del sexo femenino.

ii. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, destaca por ser una de las bases fundantes del derecho internacional de los derechos humanos, y su preámbulo entabla como misión más elevada de los hombres el advenimiento de una sociedad en la que todos los seres humanos seamos iguales.

En esa línea, junto con recalcar el principio de *no discriminación por sexo* (artículo 2), lo relevante es que sienta *el derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona* (artículo 3) y el *principio de igualdad ante la ley y protección frente a toda discriminación que infrinja la declaración misma* (artículo 7). Es decir, dentro de su protección al ejercicio pleno de los derechos que su contenido asegura, se inserta un deber más específico para los estados firmantes de proteger la esfera de autonomía sexual y reproductiva de todos sus habitantes, incluidas las mujeres.

iii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante DCP) fue adoptado en diciembre de 1966 pero entró en vigor el año 1976. En Chile fue promulgado en la misma fecha, pero publicado mediante Decreto 778 de 29 de abril de 1989. Sigue un sentido similar a la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto al *reconocimiento de los derechos contenidos en él de forma igualitaria tanto a hombres como mujeres* (artículo 3), *la igualdad ante la ley y derecho a la no discriminación* (artículo 26).

En el año 1999 el Comité de Derechos Humanos hizo una serie de observaciones al Estado de Chile respecto al cumplimiento del Pacto. Destacamos la recomendación del Comité en torno a “que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”².

iv. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC) fue instaurado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, entrando en vigencia el 3 de enero de 1976.

El mencionado pacto busca promover y proteger, como su nombre lo indica, diversas índoles de derechos humanos, siendo relevante nuevamente la explícita mención en sus artículos 2 y 3 a la garantía de los derechos contenidos en él sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, para luego reconocer expresamente que los estados firmantes deben comprometerse a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título para gozar de los derechos contenidos en dicho pacto.

En tal sentido, cabe destacar una de las recomendaciones del Comité de DESC realizada en noviembre de 2004, similar a la que ya por el año 1999 realizaban desde Naciones Unidas: “Al Comité le preocupan las consecuencias para la salud de la mujer de la prohibición legal del aborto, sin

² OHCHR [Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos]. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos para América Latina y el Caribe (1977-2004), p. 99 [Consulta: 16 de mayo de 2018] Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion(1977-2004).pdf)

excepciones, en el Estado Parte. Aunque no hay estadísticas oficiales del número de abortos que se practican anualmente, el gran número de mujeres que se hospitalizan por complicaciones de abortos cada año (34.479 en 2001) da una indicación de la amplitud del problema”³.

v. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés) fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981. Chile la ratificó mediante Decreto 789 de 9 de diciembre de 1989.

CEDAW es, para efectos de este trabajo, uno de los marcos normativos internacionales más relevantes en tanto profundiza y amplía los derechos de las mujeres, estableciendo de forma explícita que la discriminación contra la mujer vulnera los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana (artículo 1). Esta convención establece asimismo la obligación de los Estados firmantes de adoptar medidas para eliminar las diversas formas de discriminación, dentro de las cuales contempla las que entorpecen el *derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y lo relacionado con la información y el ejercicio de este derecho* (artículos 12 y 16 letra f).

Dentro de las recomendaciones generales que el Comité de la CEDAW realizó el año 1999, cabe destacar la N° 24 sobre el deber estatal de abstenerse de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud⁴, que reconoce consecuentemente una *limitación hacia el Estado de imponer en su legislación prohibiciones absolutas al aborto*.

En ese mismo sentido el Comité realizó en 1999 al Estado de Chile la misma observación, reiteradas los años 2006 mediante Observación N° 19⁵ y más recientemente el 2012, las cuales son aún más específicas en relación a la salud de las mujeres, recomendando en este acápite que:

³ OHCHR. Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe, (1989-2004) [Consulta: 16 de mayo 2018.] Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf

⁴ CEDAW. Recomendaciones generales del Comité de la CEDAW (1986-1999). [Consulta: 16 de mayo 2018] Disponible: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/General_Recommendations_1-25-Spanish.pdf

⁵ “El Comité expresa su preocupación por la insuficiencia del reconocimiento y la protección de los derechos relacionados con la salud reproductiva de la mujer en Chile. Le sigue suscitando preocupación el hecho de que el aborto en cualquier circunstancia constituya un delito enjuiciable con arreglo a la legislación chilena, lo que puede llevar a las mujeres a la búsqueda de abortos inseguros e ilegales, con los consiguientes riesgos para su vida y su salud, así como por el hecho de que los abortos clandestinos sean la causa principal de mortalidad materna.” En: CEDAW. Observaciones finales del Comité para

“d) Revise la legislación vigente sobre el aborto con miras a despenalizarlo en los casos de violación, incesto o riesgo para la salud o la vida de la madre;

e) Realice un estudio exhaustivo, con datos estadísticos, de los abortos ilegales y practicados en condiciones de riesgo y de sus consecuencias para la salud y la vida de las mujeres, particularmente cuando se produzcan casos de mortalidad derivada de la maternidad, y considere la posibilidad de utilizar ese estudio como base para adoptar medidas legislativas y en materia de políticas.”⁶

vi. Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

La Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes es aprobada por la Asamblea General el año 1975 y entra en vigencia el 26 de junio de 1987. Es ratificada con reservas por Chile el año 1988 y promulgada mediante Decreto 808 de 26 de noviembre de 1988. Para efectos de este trabajo nos es de relevancia en tanto reconoce que obligar a una mujer a llevar a término un embarazo, en ciertas circunstancias, puede ser considerado como un tipo de tortura.

Al respecto, el año 2004 el Comité que evalúa el cumplimiento de dicha convención recomendó al Estado de Chile que “elimine la práctica de extraer confesiones a efectos de enjuiciamiento de las mujeres que buscan atención médica de emergencia como resultado de abortos clandestinos; investigue y revise las condenas dictadas en las causas en las que se hayan admitido como prueba las declaraciones obtenidas mediante coacción en estos casos y tome las medidas correctivas pertinentes, en particular la anulación de las condenas dictadas que no se ajusten a lo dispuesto por la Convención. De conformidad con las directivas de la Organización Mundial de la Salud, el Estado parte debe garantizar el tratamiento inmediato y sin condiciones de las personas que buscan atención médica de emergencia”⁷

1.1.2 Marco Regional: Organización de Estados Americanos (OEA)

i. Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”

la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile. [Consulta: 16 de mayo de 2018]. Disponible en: <http://acnudh.org/comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-contra-la-mujer-cedaw-chile-2006-solo-en-ingles/>

⁶ CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012) [Consulta: 16 de mayo 2018] Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>

⁷ CAT [Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes] Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. [Consulta: 16 de mayo 2018] Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1>

Esta convención fue adoptada en 1969, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990 y publicada el 5 de enero de 1991. Tiene como objetivo general consolidar un régimen de libertad personal y justicia social basado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Contempla en su articulado diversas disposiciones, al igual que el sistema universal, sobre la obligación de respetar los derechos, entre ellos, el derecho a la vida (artículo 4). De él se desprende una protección genérica desde el momento de la concepción, pero ya fue reconocido por la Comisión Interamericana que dicha protección no es absoluta en tanto es permitido establecer autorizaciones en el derecho interno de los países a realizarse abortos⁸.

Un caso relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el de Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, del año 2012, en el cual el tribunal sostuvo expresamente que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional.⁹

Artavia Murillo y otros versus Costa Rica es un caso en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) debió definir si la decisión nacional de prohibir sin posibilidades de excepción, las técnicas de fertilización in vitro eran compatibles con la convención, o si en efecto, dicha prohibición constituía una injerencia arbitraria.

El Estado de Costa Rica argumentó que la decisión legislativa buscaba proteger el derecho a la vida de la misma forma en que se encontraba establecida en la Convención, es decir, “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Con ello reconoce que existiría un derecho a la vida reconocido al embrión preimplantacional, junto con defender su prerrogativa o deferencia internacional en tanto la Corte habría acogido en otras ocasiones, la *tesis del margen de apreciación*.¹⁰

Sin embargo, se desmarca de dicha tesis y analiza el caso desde el juicio de proporcionalidad respecto de la prohibición total de la utilización de técnicas de fertilización in vitro. Expresa que la decisión del estado costarricense vulnera los derechos de libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva

⁸ Fue reconocido por la Corte en el caso de Baby Boy vs. USA. Resumen de la sentencia: [Consulta: 17 de mayo 2018] disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>

⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012. [Consulta: 19 de mayo 2018], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁰ CHÍA, Eduardo A.; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la sentencia Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de derechos humanos. *Estudios constitucionales*, 2014, vol. 12, no 1, p. 567-588.

reconocidos en la Convención. El voto mayoritario estimó también que la protección sin excepciones del embrión es desproporcionada¹¹.

Cabe destacar la interpretación que realiza la CIDH respecto del artículo 4 de la Convención¹² que garantiza el derecho a la vida. Siguiendo la línea sistemática de la jurisprudencia comparada¹³, “la Corte ha utilizado diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como una persona para efectos del artículo 41 de la Convención Americana”¹⁴. Para llegar a dicho análisis, reconoce entre otros argumentos, la necesidad de una *consciencia* para saber que se goza de ciertos derechos, cuestión que no ocurre con el embrión.

Compartimos con Chía y Contreras¹⁵ que este fallo contiene elementos relevantes para efectos de la discusión en nuestro país, pues anula dos de las principales estrategias argumentativas del conservadurismo chileno respecto de la despenalización del aborto.

Por un lado, el reconocimiento de que el feto es titular del *derecho* a la vida –que implica, como sabemos, una prohibición de cualquier normativa que permita la interrupción del embarazo en tanto vulnera dicha titularidad-, y por otro, el carácter de dicho derecho como uno *absoluto*, que prevalece entonces por sobre los derechos de la mujer.

Respecto del primero, aun cuando la Corte reconoce que al Estado le corresponde un deber activo de tutelar la vida intrauterina, no por eso se le reconoce al nonato la condición de titular del *derecho* a la vida ni mucho menos, el de persona. Respecto del carácter absoluto del derecho, expresa la Corte que dicha característica no tiene sustento en la Convención, y que una posición contraria llevaría a negar otros derechos que protege la misma, añadiendo que la defensa de la protección sin excepción del derecho a la vida es contraria al objeto y fin de la Convención, es decir, la tutela de los derechos humanos.

¹¹ Ídem, p.574

¹² Artículo 4.1 “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

¹³ Por mencionar algunas, Roe vs. Wade en EEUU en que la Corte Suprema determinó que el nonato no es una persona de acuerdo a un análisis constitucional; en España, el TC español sostuvo también que el feto no tiene una titularidad sobre el derecho a la vida. En: CHIA, Eduardo y CONTRERAS, Pablo. Ob. cit., p. 577

¹⁴ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012. p.264. [Consulta: 19 de mayo 2018], disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁵ CHIA, Eduardo y CONTRERAS, Pablo. Ob. cit., pp. 580-581

ii. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

La Convención fue implantada en 1994, y ratificada por Chile mediante Decreto N° 1640 de 11 de noviembre de 1998. Considerando en su preámbulo que la violencia contra la mujer constituye una ofensa a la dignidad humana, reconoce en diversas disposiciones la obligación del Estado de eliminar la violencia contra la mujer en tanto atentan contra su desarrollo individual. Al respecto, una de esas violencias, reconocidas tal y como en otros tratados, es la prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo.

1.1.3 Aplicabilidad en nuestro sistema

Los tratados antes mencionados han sido ratificados y promulgados en Chile y por ende son parte del ordenamiento jurídico interno, es decir, son vinculantes para el Estado de Chile, estableciendo con ello la obligación de protección de los derechos humanos allí reconocidos a todos los habitantes de la República. Si bien nuestra Constitución Política no establece en términos explícitos el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, así se ha comenzado a reconocer vía interpretación del artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta fundamental¹⁶, el que establece como limitación al ejercicio de soberanía del Estado el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tanto los contenidos en la Constitución como en tratados internacionales ratificados por Chile. Así, nuestra jurisprudencia ha comenzado a incorporar principios y derechos establecidos en las diversas convenciones mencionadas, reconociendo en alguna medida su rango supralegal o constitucional¹⁷.

Respecto a la protección de la autonomía reproductiva de la mujer, los instrumentos internacionales mencionados han establecido un marco mínimo de protección contra toda clase de discriminaciones hacia las mujeres, colaborando así en la construcción de los “*derechos sexuales y reproductivos*” cuya evolución ha sido lenta pero importante en el ámbito del derecho internacional de los derechos

¹⁶ Sin embargo, es menester señalar que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado de forma contraria que no tienen rango constitucional los tratados que versan sobre derechos esenciales, “toda vez que están sometidos a control preventivo obligatorio cuando versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional. La mención del inciso segundo del art. 5 CPR lo que hace es reiterar el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pero no por ello eleva a los tratados que versan sobre dicha materia a rango constitucional”. Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 2387 cc. 11 y 12. En el mismo sentido, STC 2699 c. 13, STC 2703 c. 11

¹⁷ HENRIQUEZ, Miriam Lorena. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 6, n. 2, p. 73-119, 2008. [Consulta: 18 de mayo 2018], disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100004>.

humanos, circunscritos dentro de los denominados derechos humanos emergentes. Ximena Gauché¹⁸ realiza un análisis sobre dichos avances y plantea que aun cuando no existen instrumentos vinculantes expresamente referidos a tales derechos¹⁹, sí pueden entenderse comprendidos en tratados relacionados con determinadas materias como los derechos de las mujeres, u otros derechos reconocidos en tratados generales como la libertad personal, la vida privada y familiar, o la prohibición de la tortura – precisamente respecto de los tratados antes analizados y vinculantes para Chile-.

Bajo la aplicación de la normativa internacional de los derechos humanos al conflicto constitucional que se configura en torno a la autonomía reproductiva de la mujer versus la protección de la vida del que está por nacer, Bascuñán Rodríguez²⁰ plantea que la jurisprudencia constitucional comparada ha generado variadas tesis que, con matices entre ellas, reconocen de forma unánime que no existe una protección absoluta al que está por nacer, pues precisamente se encuentra como límite la mujer embarazada y los derechos fundamentales que le pertenecen en su condición de humana.

Consistente con el objetivo final de Gauché –reconocer la vinculatoriedad de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres como deber para el Estado-, Bascuñán Rodríguez señala que respecto al conflicto constitucional en cuestión, han existido dos formas de enfrentarlo; el primero es negar al no nacido la calidad de persona y por ende su titularidad de los derechos reconocidos a dicha calidad; el segundo es “redefinir los términos con los que se identifica los intereses de la mujer, intensificando el peso específico de la autonomía reproductiva negativa de la mujer mediante su asociación con el respeto de su dignidad personal, su integridad corporal o su salud, o con el derecho a la igualdad ante la ley.”²¹ Aun cuando no son excluyentes, solo la segunda posición nos permite reconocer en términos positivos (no sólo como una autorización en tanto ausencia de una prohibición respecto de una conducta, sino asociándolo a una prestación correlativa exigible) la posibilidad de interrumpir un embarazo en determinadas circunstancias, en tanto dicha acción se ejecuta en el ejercicio de un derecho reconocido a la mujer.

¹⁸ GAUCHÉ, Ximena. Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Ediciones UDP, LOM, Santiago (2016).

¹⁹ La única excepción sería el reconocimiento en el sistema africano de protección de derechos que reconoce que los estados partes “*deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres, a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto.*” En: GAUCHE, Ximena. Ob. cit.

²⁰ BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto consentido según la jurisprudencia constitucional chilena. *Aborto y derechos reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina*. Ediciones UDP, Santiago (2016) pp. 171-206

²¹ Ídem, pp. 175

Luego, reconoce dentro de las variables de comparación respecto de lo que ha dicho la jurisprudencia constitucional comparada en esta materia, cuatro cuestiones relevantes; (i) la comprensión que se tiene sobre la relación entre la constitución y la legislación penal, (ii) el peso específico que se le atribuye al interés en la supervivencia del nonato, (iii) el peso específico que se le reconoce a la autonomía reproductiva de la mujer y (iv) el rol de la proporcionalidad al ponderar el peso específico de (ii) y (iii). Conjugando la aplicación de estos cuatro elementos en relevantes sentencias extranjeras sobre el tema²², concluye que en todas ellas se reconoce que el Estado no tiene un deber de protección absoluta de la vida del nonato, sino que precisamente se reconocen límites en atención a la protección de los derechos de las mujeres.²³

En sus inicios nuestra jurisprudencia dio pasos contradictorios con la tendencia mundial, reconociendo por un lado la calidad de persona al no nacido²⁴ –con todas las inconsistencias legales que ello acarrea²⁵- y en otros literalmente desconociendo –sin siquiera una mención dentro del conflicto en cuestión- la existencia de intereses o derechos de la mujer afectados²⁶. Con todo, ninguno de esos pronunciamientos se refiere en específico a la autorización de interrumpir un embarazo, sino más bien a la constitucionalidad de la comercialización de levonorgestrel, coloquialmente conocida como la píldora del día después, y en especial, su distribución en el sistema público de salud.

No será sino hasta el año 2017, en la etapa final de tramitación del Proyecto “Sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” -hoy Ley N° 21.030 - que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) se pronunció en el conflicto rechazando parcialmente el requerimiento²⁷, como veremos a continuación.

Diputados y Senadores de la República interponen el requerimiento basados en los siguientes argumentos constitucionales: en primer lugar, que el proyecto estaría legalizando y no despenalizando el aborto, al establecer una prestación exigible para la mujer contra el Estado y reglamentando la

²² Señala, entre otras, la Sentencia 53/1985 de 11 de abril del TCE (España); la Sentencia 45/2010 de 26 de marzo del TCP (Portugal); la Sentencia C-355/2006 de 10 de mayo de la CCC (Colombia); la Sentencia de la CSJN F. A s/medida autosatisfactiva de 13 de marzo de 2002 (Argentina).

²³ BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit., p. 188

²⁴ SCS 2186-01 de 20 de agosto de 2001 y STC 740-07 de 18 de abril de 2008. Ambas analizadas en: BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit.

²⁵ En primer lugar, eso haría que el art. 19 número 1 inciso segundo de la CPR bien fuese superfluo, o bien implicase un mayor grado de protección del nasciturus que respecto de las personas mismas. También sería difícilmente conciliable con el artículo primero de la CPR que hace aplicables los valores de libertad e igualdad en dignidad y derechos a quienes nacen. Así, MAYER LUX, Laura. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. Revista de Derechos Fundamentales, 2011, no 5, pp. 65 y 66.

²⁶ SCS 2186-01 de 20 de agosto de 2001, SCS 1039-05 y STC 740-07 de 18 de abril de 2008. Analizadas también en BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 3729 de 28 de agosto de 2017.

conducta. En segundo lugar, señalan respecto del aborto terapéutico, que de acuerdo a la *lex artis* hoy no existirían casos reales en que pudiese aplicarse dicha causal. Sobre los conflictos constitucionales que suscita el proyecto, mencionan: (1) que el legislador habría excedido su competencia vulnerando el artículo 19 n°1, pues la protección de la vida es desde el inicio de la concepción.²⁸; (2) que el proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley²⁹, al privilegiarse la protección de la mujer por sobre la del que está por nacer, pues para ellos dentro del cuerpo de la mujer hay una *persona*; (3) que el proyecto vulnera la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica y desde allí, trasgrede la garantía esencial de los derechos, al regular la objeción de conciencia limitándola a los casos urgentes donde peligre la vida de la mujer –puesto que la posibilidad de objeción debiera ser a su juicio absoluta-³⁰; (4) que socava las bases de la institucionalidad, el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios al no reconocerle la calidad de persona a los servicios y personas jurídicas –pues les niega la posibilidad de objetarse institucionalmente de conciencia-, rompiendo a su vez con el principio de servicialidad del Estado.³¹

En un fallo de 279 páginas que resuelve el requerimiento, en el cual se hicieron parte de la audiencia pública alrededor de 100 organizaciones sociales de diversa índole, expresando con ello la relevancia que en la opinión pública tuvo la ley analizada, expone la magistratura que, de acuerdo al artículo 19 N°1 inciso segundo de la Constitución, la protección del que está por nacer implica un deber activo por parte del Estado, “una interferencia no perjudicial cotidiana, y medidas positivas de potenciamiento”³². Especialmente relevante nos parece la siguiente afirmación:

“Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros. Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, **porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido** (énfasis añadido). El legislador,

²⁸ Ídem, p. 23

²⁹ Ídem, p. 30

³⁰ Ídem, p. 32.

³¹ Ídem, p. 36.

³² Ídem, p. 85, c. 47.

precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. **La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio** (énfasis añadido). Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. Así sucede con la función social de la propiedad (artículo 19 N ° 24); con la libertad en aras de la seguridad pública (artículo 19 N ° 7); con la privacidad respecto de la publicidad (artículo 19 N ° 12) o con la transparencia (artículo 8); o con los derechos durante los estados de excepción (artículos 39 y siguientes); o el mismo derecho a la vida, con la pena de muerte (artículo 19 N ° 1). Por lo demás, este Tribunal ha considerado que es una carga intolerable la regla del turno para los abogados, que los obliga a asumir defensas gratuitas (STC 755/2008). Dichas cargas no guardan relación alguna de proporcionalidad con las que debe soportar la mujer en las tres causales del proyecto;³³

En segundo lugar, se refiere al derecho a la vida y a la protección que merece, señalando que no es un derecho de carácter absoluto –pues ningún derecho fundamental lo es-, y que el mismo acepta limitaciones en tanto exige su compatibilidad con la protección al ser humano y su dignidad, como son casos de legítima defensa, pena de muerte, y precisamente, la interrupción del embarazo³⁴.

En tercer lugar y respecto del concepto de persona, manifiesta que uno de los efectos más importantes de atribuirle a alguien la condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo éstas tienen derechos, así lo dice nuestra carta fundamental. Por otra parte, el TC señala que para la Constitución el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para ella. Por eso se refiere al que está por nacer y le encarga al legislador su resguardo, y no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal para recibir tal protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga la posibilidad de no ser persona y pese a ello ser titular de derechos.³⁵

Sin embargo, reconduce la discusión al constatar que dicha protección no puede hacerse sin debida consideración a los derechos que tiene la mujer, pues la Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación.

³³ Ídem, p.85, c.47.

³⁴ Ídem, p. 86, c. 49.

³⁵ Ídem, p. 86 y ss., cc. 49 y 50.

Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer, pues el que está por nacer no es el único protegido por la Constitución.³⁶

Luego se refiere a las causales en específico, arguyendo la constitucionalidad de todas ellas. En específico y respecto del aborto terapéutico, concluye que “no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre.”³⁷

Respecto del test de proporcionalidad, y en la misma línea defendida por Bascuñán Rodríguez, el TC reconoce, respecto del elemento de idoneidad de las medidas para la protección del que está por nacer, una serie de cifras estadísticas que demuestran, a su juicio, que la protección penal no es en efecto la más idónea³⁸. De ello deriva que, bajo esta indicación, no concurren los elementos de necesidad ni de balance del mismo test, rechazando por ende la proporcionalidad entre la penalización absoluta del aborto y la protección de la vida del que está por nacer.

Señala también que “el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, se establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación.”³⁹

Respecto de la vulneración al principio de igualdad ante la ley, el tribunal profundiza en los mismos argumentos antes presentados para rechazar la alegación⁴⁰.

Finalmente, sobre la objeción de conciencia, realiza un extenso análisis entre sus considerandos 125 a 138⁴¹, arguyendo a grandes rasgos que, en el mismo sentido que es inconcuso su ejercicio para personas individuales, atendida la naturaleza y peculiaridad del Proyecto de Ley en revisión, no se

³⁶ Ídem, p. 85, c. 47.

³⁷ Ídem, p. 110, c. 95.

³⁸ Ídem, p. 115, c.104.

³⁹ Ídem, p. 121, c.116.

⁴⁰ Al respecto, señalan que la distinción entre mujeres violadas menores y mayores de 14 años es coherente con el resto de la legislación, al igual que la no exigencia respecto de mujeres mayores de 14 pero menores de 18 respecto a la autorización del representante legal, lo cual es similar en otras regulaciones sobre derechos personalísimos y reitera que siendo un pilar del proyecto la dignidad e la mujer, no es en ninguna medida necesario que el acompañamiento que brinda el proyecto sea disuasivo para proteger la vida del que está por nacer, pues existen otras formas de protección que no implican decidir por la mujer. Ídem, pp. 121 y ss., cc. 117 a 121.

⁴¹ Ídem, pp. 124-131

divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Con ello admite parcialmente los requerimientos, declarando inconstitucional el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, removiendo en la frase que prohíbe la objeción institucional “en ningún caso”, admitiendo con ello su práctica institucional⁴².

La sentencia del TC sobre la actual legislación nos parece que constituye un avance en materia constitucional en tanto establece la existencia de un interés jurídico digno de protección como son los intereses de la mujer – intereses a los que con anterioridad tanto la misma magistratura como la Corte Suprema no reconocieron relevancia en el conflicto-. También hacemos hincapié en el considerando 47 al expresar la maternidad como un *acto voluntario* y negarse a considerar a la mujer como un mero instrumento, pues a nuestro juicio implica, en la misma línea que defiende Gauché, que parte de la autonomía reproductiva de las mujeres (y el implícito reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos en juego) es la existencia de la voluntad de la mujer para tener un hijo, lo que viene a ser una expresión más precisa dentro del conjunto de derechos fundamentales garantizados por la Constitución y el derecho internacional para el libre desarrollo de la vida de las mujeres⁴³. Aun cuando el Tribunal señala en su considerando 10 que no se referirá al valor normativo del derecho internacional y de los tratados aquí mencionados, a lo largo de su argumentación se vislumbra su evidente influencia, así como también de la jurisprudencia constitucional comparada en la materia, que cita expresamente en su análisis⁴⁴.

1.2 Breve historia de la regulación del aborto en Chile⁴⁵

i. Primer período, 1874 a 1931

⁴² Aun cuando excede nuestro análisis, interesante resulta consignar el complejo ejercicio de *legislador negativo* que realiza la magistratura constitucional al eliminar la frase “en ningún caso” y con ello efectuar una modificación a la normativa establecida en el ejercicio de la libertad de configuración del propio legislador. Respecto a ello y las alarmas teóricas y prácticas que genera, véase: AHUMADA R, María Ángeles. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8. Enero-abril 1991, Madrid, España.

⁴³ Reconoce además su relevancia al señalar en c. 36 “*Que, además, distintos cuerpos normativos han buscado profundizar y desarrollar los derechos de la mujer. la generación de una institucionalidad destinada a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres, y el establecimiento de medidas de acción afirmativa en su favor;*”. STC, Rol 3729, ob. cit., p. 77.

⁴⁴ Específicamente atribuye en los considerandos 14 al 19, un análisis de la regulación del aborto en el derecho comparado, en los tratados internacionales, y sobre las sentencias en otros países sobre la misma. STC, Rol 3729, ob. cit., pp. 55-60.

⁴⁵ En este punto se sigue la exposición de la evolución histórica de la regulación del aborto hecha en el informe para el Congreso Nacional: BCN [*Biblioteca del Congreso Nacional*]. Informe Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo. [Consulta: 19 de mayo 2018], disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21553/1/BCN_Aborto%20en%20Chile.%20Antecedentes%20historicos%20del%20marco%20normativo_final_v5.docx

La primera regulación existente en Chile respecto del aborto fue la introducida en el Código Penal promulgado con fecha 12 de noviembre de 1874 y que comenzó a regir el 1 de marzo de 1875, tipificándolo como un delito en su Título VII “de Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, desarrollado en los artículos 342 al 345.

La tipificación del delito de aborto en nuestro primer Código Penal se condecía con la consideración de que el feto, de acuerdo a una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico, no es considerado persona, tal y como es expresado en nuestro Código Civil en su artículo 74, que establece que la existencia legal de toda persona principia al nacer, es decir, desde la separación completa de la madre. Es ese el motivo de su ubicación dentro del Título VII y no en aquel que regula los delitos contra las personas⁴⁶.

Con arreglo al mandato establecido en nuestra Constitución en su artículo 19 N°1 inciso segundo, que establece que la ley protege la vida del que está por nacer, nuestra regulación en materia civil reconoce dicha distinción estableciendo en su artículo 75:

“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”

Sobre la *permisibilidad de la acción* de causar un aborto en determinadas circunstancias, nuestra regulación de ese entonces no estableció ninguna hipótesis explícita mediante la cual pudiese ser lícito. Sin embargo, durante la Comisión Redactora se sustituye el que la conducta se realizara “de propósito” a “maliciosamente”, lo cual según algunos autores⁴⁷, se debió a que la expresión *maliciosamente* contenida en el encabezado del artículo 342, permitía aludir específicamente a la intencionalidad del autor, y por ende permitía de mejor forma diferenciar entre aquellos que de buena fe procedieran, como es el caso de “el médico que necesita causar un aborto y da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro”⁴⁸, habiendo constancia de esto último en las actas de dicha Comisión.

⁴⁶ CASTILLO, Alejandra. Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa. Defensoría Penal Pública de Chile, 2010. [Consulta: 25 de septiembre 2018], disponible en <http://dpp.multinetlabs.com/resources/upload/d94a57f340a1eb8245508ee628145667.pdf>

⁴⁷ OSSANDON, Magdalena. La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios Año 18 - N° 2, 2011 p. 103-136.

⁴⁸ Sesión 160, de 25 de junio de 1873. En: BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

Otra de las discusiones que sentó la tipificación del aborto dice relación con el *bien jurídico* protegido en las distintas hipótesis establecidas en la regulación penal. En algunos se estaría protegiendo exclusivamente la vida del que está por nacer, como se da en la hipótesis del artículo 344⁴⁹, el que considera la concurrencia del consentimiento de la mujer. En otros, se agrega la autonomía reproductiva e intangibilidad física de la mujer en tanto no concurre su consentimiento, como son los numerales 1 y 2 del artículo 342, las cuales se distinguen entre ellos en tanto haya o no uso de violencia por parte de quien causare el aborto.

En específico, respecto al artículo 344, su segundo inciso -que contempla el denominado aborto honoris causa-, ha sido también abordado⁵⁰ como una figura privilegiada en la que se rebaja la pena de la mujer a presidio menor en su grado medio, atendiendo a que solo existiría un bien jurídico transgredido -la vida del que está por nacer- y no la integridad física de la madre⁵¹, reconociéndose cierto espacio de autonomía reproductiva a la mujer⁵². Esto fue tematizado también por Antonio Bascuñán, quien señala en su análisis que “algunos consideran que se trataría de una consideración de moral social sexual, respecto al marco esperable por parte de las costumbres sociales; otros, sin embargo, lo vinculan más bien con la afectación de la dignidad, en razón de la mutabilidad de la expectativa social a este respecto”⁵³.

⁴⁹ Artículo 344 Código Penal de 1874: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo canse, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.”

⁵⁰ Sin referirse a él como una ‘figura privilegiada’ en relación a los bienes jurídicos en juego en esta hipótesis pero sí agrupándolo dentro de los casos de aborto voluntario y refiriéndose a la atenuación de la pena en el aborto honoris causa. En: MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Manual de derecho penal chileno: parte especial. 2017.p. 123 y 136. El privilegio se interpreta tradicionalmente como un reconocimiento parcial de la consideración social de la mujer, que puede resultar afectada. En este sentido se ha criticado, según señala Bascuñán (El delito de aborto, p.21), en tanto asigna algún grado de relevancia a un bien inferior al bien sacrificado, el que generalmente identificado como ‘honra’, pero lo que es discutible, según señala Bascuñán, a la luz del fallo de la Corte Suprema contra Luz Ried Navarrete en el que concede el privilegio a una prostituta. En este sentido, podría intentarse una argumentación en torno a que el la ‘honoris causa’ no se relaciona con la falta a una determinada moral sexual social o su consideración social sino la falta a un determinado plan de vida, reconducible a la autonomía reproductiva. En: BASCUÑAN, Antonio. El delito de aborto, op. cit. p.21

⁵¹ Esta idea se presenta en BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

⁵² Si bien algunos autores así lo han considerado contextualizado en la falta de causales de permisibilidad hasta el 2017, a juicio de estas autoras se trata de un inciso que debiese ser eliminado pues, en la misma línea de Antonio Bascuñán, no se trata sino de una norma que sostiene un alto contenido de moral sexual que no se condice con el actual reconocimiento de la autonomía y libertad sexual y reproductiva de las mujeres en Chile y el mundo.

⁵³ BASCUÑAN R., Antonio. La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. Revista Derecho y Humanidades, N°10, 2004; pp. 143-181.

Por último, respecto del artículo 345 que establece penas para el facultativo o personal del área de la salud que causare un aborto⁵⁴, existiría una discusión sobre si su aplicación considera o no el consentimiento de la madre, y con ello, si se estaría ante una hipótesis que permitiese un ejercicio legítimo de la acción. Aunque del texto expreso no se distingue, “parte de la doctrina chilena, influyente en el ámbito del derecho penal, considera el aborto consentido de la mujer embarazada, como un caso de ejercicio legítimo de un derecho y oficio en el sentido del artículo 10, N° 10 del Código Penal”⁵⁵.

ii. Segundo período, 1931 a 1968

Un segundo período se inicia en nuestra regulación en el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, con la dictación del primer Código Sanitario mediante el decreto con fuerza de ley N° 226, de 15 de mayo de 1931 y que comienza a regir desde el 29 de mayo del mismo año, regulando en el Título III, artículo 226, de la siguiente forma:

“Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos.

Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.”

Como es posible avizorar, *no se define en ello cuál es la extensión justificante de la expresión “fines terapéuticos”*, dejando su mayor o menor extensión entregada a la praxis médica de ese entonces, la cual se restringió en un principio a casos en que peligraba la vida de la mujer por la continuidad del embarazo⁵⁶.

iii. Tercer período 1968 a 1989

Antecedido por todo lo que conllevó el proceso de creación del Servicio Nacional de Salud en 1952, y el enfrentamiento de uno de los principales problemas en relación a la salud reproductiva durante los

⁵⁴Artículo 345 del CP de 1874: "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.

⁵⁵ BASCUÑAN, Antonio. La licitud del aborto consentido, op. cit., p. 143.

⁵⁶ MONREAL, Tegalda. Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción. *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres*. Hablemos de aborto terapéutico. 1993. En: BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

años 30 en adelante, como fueron las elevadas tasas de mortalidad infantil y materna, durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva se dicta, mediante el Decreto con Fuerza de ley N°775 de 1967 el Código Sanitario vigente, derogando el existente desde 1931⁵⁷.

El nuevo Código regula la interrupción del embarazo es su Libro V “Del ejercicio de la medicina y profesiones afines”, en el artículo 119:

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.”

Con ello, se disminuyen los requisitos de procedencia del aborto, manteniendo en manos del equipo médico la decisión. Si bien se modificó en términos procedimentales la normativa, se sostuvo incólume la configuración de la situación justificante⁵⁸. Cabe destacar que, existiendo un progresivo apoyo por parte de las mujeres de la época a la permisibilidad del aborto en determinadas circunstancias y siendo una posición compartida por profesionales de la salud de ese entonces, en 1973 se llegó a una interpretación extensiva de la ley realizada por un grupo de funcionarios de Maternidad del Hospital Barros Luco, mediante el cual se reconoce que “[e]l aborto ilegal pone en peligro a la salud y la vida de la mujer en el grupo socioeconómico más modesto, por lo tanto el aborto terapéutico al impedir estos riesgos, es legal”⁵⁹, por lo cual establecen algunos requisitos y límites para su procedencia⁶⁰, manteniendo entonces un reconocimiento de que en aquellos casos, debe existir una prerrogativa discrecional de decisión entregada a la práctica médica y, en definitiva, a los facultativos que han de realizar la acción abortiva.

Comienza en ese entonces y hasta el día de hoy una discusión anclada en la teoría del delito respecto de *los fundamentos de la causa de justificación* contenida en el artículo precedente. Sin perjuicio de que se abordará más adelante, la discusión versó, principalmente, sobre si se trataba de un supuesto de estado de necesidad (ya sea, por una parte, justificante o exculpante, y por otra, agresivo o incluso defensivo) contenido en el artículo 10 N°7, o si se trataba de un supuesto de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un oficio contenido en la causal del N°10 del mismo. De una u otra posición

⁵⁷ BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

⁵⁸ BASCUÑAN, Antonio. La licitud del aborto consentido, op. cit., p.148.

⁵⁹ MONREAL, Tegualda. Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción. *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres*. Hablemos de aborto terapéutico. 1993. En: BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

⁶⁰ BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

derivaba el apoyo a una interpretación más o menos extensiva de la normativa y por ende validación de lo que la praxis médica hasta ese momento llevaba a cabo.⁶¹

iv. Cuarto período: 1889 a 2017.

Si bien durante el gobierno militar que se instauró en nuestro país desde el año 1973 no fue una preocupación la normativa que regulaba el aborto, para fines del mandato militar, el Almirante Merino comenzó a instalar insistentemente la necesidad de legislar y prohibir en el país todo tipo de aborto.

Así fue como se impulsó la modificación del artículo 119 del Código Sanitario, que tuvo éxito mediante la promulgación de la Ley N° 18.826 de 15 de septiembre de 1989.

Dicho proyecto estuvo amparado desde un entramado de defensas desde cierta parte de la ciencia médica -argumentando en algunos casos la “casi inexistencia de la necesidad de recurrir al aborto terapéutico”⁶²- hasta la opinión de expertos religiosos que defendieron la única teoría aceptada por la iglesia Católica respecto del aborto -quienes sostuvieron que nuestra legislación, aun con la supresión del artículo 119, estaría amparando una restrictiva causal de aborto indirecto cometido por un facultativo en el entendido de que se trataría de una aplicación del principio de doble efecto⁶³-. Aún tras el rechazo de tres de las cuatro Comisiones Legislativas de ese entonces respecto de la idea de legislar, el propulsor de la iniciativa, y en su calidad de Presidente de la primera Comisión, logra reformular la moción y enfocarse exclusivamente en la derogación del hasta ese entonces artículo 119, arguyendo, en esencia, que la disposición en comento sería inconstitucional dada la ambigüedad y amplitud de su formulación⁶⁴.

Así, la Junta de Gobierno aprueba el texto, promulgado el 24 de agosto de ese mismo año, y que mantendría por casi tres décadas, el artículo 119 del Código Sanitario de la siguiente forma:

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

v. Quinto período, 2017.

⁶¹ Para un análisis detallado: BASCUÑAN, Antonio. La licitud del aborto consentido, op. cit., p.148.

⁶² Informe del Dr. Alejandro Serani entregado a la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer. En: BCN. Historia fidedigna de la Ley 18.826 de 24 de agosto de 1989. p.246.

⁶³ Al respecto, una reciente contribución a su defensa en MIRANDA, Alejandro. ¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto. *Acta Bioethica*, Universidad de los Andes, 2014; 20 (2), pp. 159-168.

⁶⁴ BCN. Historia Fidedigna de la Ley 18.826 de 24 de agosto de 1989.

Desde el año 1989 el aborto terapéutico en Chile fue absolutamente ilícito.

Si bien algunas interpretaciones consideraron que en sentido estricto el aborto terapéutico sí podría tener cabida en aplicación de las causales de exculpación que tienen lugar en nuestra legislación penal⁶⁵, el problema respecto de su ilicitud se mantuvo durante los años venideros -y en el estricto rigor de la voz ilicitud en la dogmática penal, aún se mantiene-, expresado principalmente en lo problemático que significaba una remisión a la ética médica y su regulación como un complemento normativo de la legislación, lo cual entrega una arbitrariedad e incertidumbre que termina afectando principalmente, cómo señala Bascuñán R, a la mujer embarazada⁶⁶.

Es por eso que dicha regulación no estuvo exenta de diversos intentos de modificación. Tras varios proyectos dormidos en el Congreso por variados motivos, su modificación recién vería la luz mediante el Proyecto presentado el año 2011, mediante el Boletín 9895-11 “Sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” presentado en el Gobierno de Michelle Bachelet, el cual fue debatido, con álgidos momentos durante su tramitación, no sólo desde el poder legislativo y político en Chile sino que también por la opinión pública y diversas organizaciones de la sociedad civil, concluyendo, tras pasar el requerimiento de inconstitucionalidad⁶⁷ presentado ante el Tribunal Constitucional de Chile, en la dictación de la Ley N° 21.030 que “Regula la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” de 23 de septiembre de 2017.

La nueva regulación establece la sustitución del artículo 344 del Código Penal por el que versa a continuación:

“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 deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.”

Así también, dicha ley implicó una modificación del artículo 119 y la introducción de los artículos 119 bis, ter y quáter, que vienen a contener y desarrollar de forma más exhaustiva la regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo en las siguientes causales:

- 1) Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

⁶⁵ OSSANDON, Magdalena. La intención de dar muerte al feto, ob.cit.

⁶⁶ BASCUÑAN, Antonio. La licitud del aborto consentido, op. cit., p.152.

⁶⁷ STC. Rol 3729, ob.cit. Referencia a lo discutido más arriba en el texto.

- 2) Cuando el nasciturus padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente de carácter letal.
- 3) Cuando dicho embarazo 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 se establece que podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

Si bien la discusión más controvertida ha versado sobre el ejercicio de la objeción de conciencia por parte del personal de salud -más específicamente, sobre si pueden o no las instituciones del área de la salud objetarse de conciencia⁶⁸-, existe un campo abierto dentro de la dogmática penal por definir cuál es la naturaleza de esta norma que elimina la punibilidad del aborto cuando es realizado con fines terapéuticos, cuestión a la que nos avocaremos en esta tesis.

2. Sistemas de despenalización del aborto voluntario y derecho comparado

Como hemos señalado, las situaciones de aborto voluntario siempre importan un conflicto de intereses entre la protección, habitualmente consagrada constitucionalmente, de la vida del que está por nacer y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada, así como su autonomía reproductiva. Ante este conflicto, los ordenamientos se cuestionan la legitimidad (generalmente examinando la constitucionalidad) del legislador para restringir la concreción de esos intereses jurídicamente relevantes. Es decir, concretamente se preguntan si el legislador puede restringir el ejercicio de la autonomía reproductiva de la mujer⁶⁹ o si puede ceder la protección de la vida del nasciturus ante la primera⁷⁰.

Ante este cuestionamiento, la tendencia universal actual corresponde a la flexibilización de las normas punitivas del aborto consentido en el marco del progresivo reconocimiento de la autonomía reproductiva de la mujer embarazada en determinadas circunstancias (generalmente dadas por un

⁶⁸ Y que cabe recordar fue la única alegación parcialmente acogida en el requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto.

⁶⁹ Así en legislaciones que ponen en el centro la autonomía reproductiva de la mujer, como ha sido el desarrollo constitucional en Estados Unidos, en que se estableció la imposibilidad de restringir el aborto durante los dos primeros trimestres del embarazo. *Roe Vs. Wade*, 410 u.s. 113, 1973, En: ZUNIGA F, Alejandra. Aborto y derechos humanos. *Rev. derecho (Valdivia)*. 2011, vol.24, n.2 [Consulta: 31 de agosto 2018], p.173, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200007> ISSN 0718-0950.

⁷⁰ Así, en cambio, en legislaciones más protectoras, que ponen en el centro la vida del nasciturus. Este ha sido el desarrollo ante el TC alemán. Partiendo desde puntos contrapuestos, “ambos tribunales han venido a encontrarse en un mismo punto: la admisión de la constitucionalidad del modelo de plazos con consejo forzoso.” En: BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit.

período determinado dentro del desarrollo gestacional o por supuestos de hecho determinados), lo que obtiene como resultado una suerte de “autonomía reglada” de la mujer embarazada.

2.1 Sistemas absolutos

Los sistemas absolutos son aquellos en que el aborto no constituye un delito (o tratándose de un embarazo no deseado, la voluntad de la mujer basta para autorizar la interrupción del embarazo, así como aquellos en que el aborto está absolutamente proscrito y no existe causal ni plazo alguno en que la práctica de un aborto no sea un hecho punible.

En cuanto a los primeros, este tipo de regulaciones son excepcionales, pero no tan excepcionales como tiende a pensarse. En efecto, existen legislaciones que no castigan penalmente el aborto voluntario de la mujer en ningún caso, aun cuando éste sea practicado fuera del período permitido⁷¹. Esto se debe a que, como hemos referido anteriormente, el derecho es un sistema complejo que puede proteger la vida del que está por nacer sin hacer un reproche penal de la conducta que pretende inhibir. A ella subyace la consideración de que la sanción penal a la mujer embarazada no es el medio óptimo para proteger la vida del que está por nacer y el carácter de última ratio del derecho penal.

“[R]esulta que en un 40% de la población mundial la sola demanda de las mujeres basta para que se interrumpa legalmente el embarazo, teniendo en cuenta que los Estados más densamente poblados (China e India), así lo aceptan.”⁷² Así, por ejemplo, “el Código Penal francés de 1992 ha despenalizado en todo caso el aborto voluntario causado por la propia mujer, aun fuera del plazo de doce semanas de embarazo que hace impune todo aborto voluntario conforme al art. L. 162-1 del Código de Sanidad Pública, criminalizando, en cambio, actividades dirigidas a impedir un aborto voluntario, la interrupción no consentida del embarazo, fuera del plazo legal o sin ser médico el que lo hace o se practica fuera de un establecimiento hospitalario, y también el auxilio al aborto fuera de la regulación sanitaria”⁷³.

⁷¹ Tal es el caso de Canadá, Guyana, Italia, Noruega, Puerto Rico y Sudáfrica. CARINO, Giselle; GONZÁLEZ V, Ana Cristina; DURÁN, Juanita. Aborto Legal: Regulaciones sanitarias comparadas. 2008, p.20. [Consulta: 31 de agosto 2018] disponible en https://www.ippfwhr.org/sites/default/files/aborto_legal.PDF

⁷² ZÚÑIGA, Yanira. Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Ius et Praxis*, 2013, vol. 19, no 1, p. 4.

⁷³ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno parte especial. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica Chilena, 2004, p. 86.

En la misma línea, no importando una despenalización absoluta erga omnes, pero sí siempre respecto de la mujer, se refiere el Código Penal de los Países Bajos, “que castiga en su artículo 296 el abortus provocatus, no extiende la incriminación a la mujer embarazada que intencionalmente causa la expulsión o muerte del fruto de la concepción, estableciendo la sanción solo al que lleva a cabo la acción abortiva. Si ésta se realiza por un médico, en un hospital o clínica autorizada, dentro de los plazos y condiciones previstos en la ley sobre interrupción del embarazo (de 1° de mayo de 1981) -la que fue dictada luego de una prolongada discusión- la conducta no es punible, lo que implica la legalización del aborto que se practica por un médico conforme a detalladas exigencias de esmero previstas en dicha regulación, que incluyen la "información responsable" a la mujer que tiene el propósito de interrumpir su embarazo acerca de otras soluciones que el aborto para su situación de necesidad o precariedad.”⁷⁴ Consideramos que son acá también clasificables los demás ordenamientos que regulan el aborto (generalmente prohibiéndolo excepto ante circunstancias determinadas) fuera del Código Penal y sin establecer sanciones penales para su incumplimiento.

El segundo tipo de regulaciones es excepcional y viene en una decadencia clara pero lenta, pese a la pronta modificación a la que apelan las recomendaciones de organismos internacionales. Hasta el 14 de octubre del 2017, fecha de promulgación de la Ley IVE, Chile junto a Malta, el Vaticano, República Dominicana, El Salvador y Nicaragua, eran los únicos países en el mundo que criminalizaban de forma absoluta el aborto consentido. Este tipo de normativa se asocia a altas tasas de abortos inseguros, un marcado sesgo socioeconómico en el acceso a la salud sexual y reproductiva en general, y a una alta incidencia de abortos sépticos en la muerte materna, lo que se debe a que este tipo de regulaciones se asocian con políticas de educación y salud sexual reproductivas deficientes.

En este sentido, “según cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS), actualizadas al 2014, calculan que cada año se realizan unos 22 millones de abortos inseguros en todo el mundo, casi todos ellos en países en desarrollo. Las defunciones debidas a “abortos peligrosos” representan 13% de todas las defunciones maternas”⁷⁵.

2.2 Sistemas intermedios

La regulación del aborto es determinante para la capacidad de las mujeres de gozar de derechos reproductivos y justamente por ello es que puede observarse un decidido movimiento mundial hacia la

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ VALENZUELA, María Teresa, et al. Aborto, ¿Es un problema de salud pública en Chile en el campo de la salud materno-perinatal? *Revista médica de Chile*, 2017, vol. 145, no 8, p. 1013-1020. ISSN 0034-9887.

liberalización de las normas que lo regulan. En este contexto, entre 1950 y 1985 casi todos los países industrializados flexibilizaron su normativa⁷⁶. Desde una perspectiva global puede constatar que, en la generalidad de los países del hemisferio norte, así como Asia central y oriental se permite generalmente el aborto, sin causa, o bien a través de un amplio catálogo de causas que incluyen la indicación socioeconómica, entre otras. Por su parte, los países de Asia, Latinoamérica, oriente próximo y Asia sur tienen severas normas que castigan el aborto consentido⁷⁷.

Según informa la OMS, los países con normas restrictivas tienen altos índices de aborto, de los cuales la mayoría produce en condiciones inseguras que ponen en riesgo la vida y salud de las mujeres⁷⁸. En esta línea se ha constatado que en los países con normas restrictivas el aborto inducido en condiciones salubres es un privilegio para los ricos y así, los casos en que se ha flexibilizado la normativa ha tenido como resultado que la práctica de abortos se desplaza desde el ámbito clandestino a procedimientos legales y seguros, que han redundado en una importante baja en la mortalidad materna⁷⁹. La flexibilización de la punibilidad del aborto consentido también ha demostrado reducir las tasas generales de aborto, ya que generalmente va asociada a una política integral que ofrece apoyo a las mujeres embarazadas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, así como diferentes alternativas al aborto. Pese a ello, los organismos internacionales ponen énfasis en que liberalizar la normativa no basta para disminuir la mortalidad materna ya que la brecha entre la disposición normativa y las barreras procedimentales de acceso alejan a las mujeres de un procedimiento de aborto inducido seguro.

2.2.1 Sistemas de indicaciones

Los sistemas de indicaciones⁸⁰ se caracterizan justamente por la estipulación, generalmente en el Código Penal (pero en legislaciones más modernas también en las leyes sanitarias⁸¹ o en otros cuerpos

76 RAHMAN, Anika; KATZIVE, Laura; HENSHAW, Stanley K. A global review of laws on induced abortion, 1985-1997. *International Family Planning Perspectives*, 1998, pp. 56-64.

77 Aborto a nivel mundial 2017—Resumen ejecutivo, The Guttmacher Institute, [Consulta: 10 de junio de 2018] en <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-a-nivel-mundial-2017-resumen-ejecutivo>

78 THE WORLD ABORTION LAWS 2018, [Consulta: 10 de junio 2018] en worldabortionlaws.com

79 Paradigmático al respecto resulta el caso de Chile durante los años 1972 y 1973, durante los cuales, como se explicó supra, un equipo médico del Hospital Barros Luco extendió la causal contemplada en época. Como resultado de ello se redujeron considerablemente las complicaciones por aborto y no se registraron muertes post aborto en las mujeres residentes en el área. MONREAL, Tegualda. Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción. *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres*. Hablemos de aborto terapéutico. 1993. En: BCN. Informe Aborto en Chile, op. cit.

80 En este trabajo distinguimos las regulaciones entre aquellas estructuradas en torno a indicaciones y las relativas a plazos. Pese a ello, existen otras formas propuestas para clasificar las leyes reguladoras del aborto, que atienden a criterios más sustantivos, como la propuesta por Rebecca J. Cook que distingue entre regulaciones básicas (prohibición penal amplia del aborto), desarrolladas (flexibilización implícita de la punición del aborto terapéutico con contornos difusos), avanzadas

legales), de un catálogo de causales, establecidas taxativamente, en las que se despenaliza la interrupción del embarazo. Las causales contenidas en la Ley IVE materializan algunas de las indicaciones generalmente aceptadas y frecuentes en el derecho comparado.

Un rasgo común que se verifica en todas las indicaciones es que ellas reflejan situaciones de considerable complejidad para la mujer que se ve enfrentada a ellas. Las indicaciones que se observan con más frecuencia son:

- *Indicación terapéutica*: la indicación terapéutica o aborto terapéutico se ha entendido como la interrupción de un embarazo por razones médicas de índole preventiva (cuando durante la gestación empeore el pronóstico de una enfermedad de base haciendo inviable el feto) o curativa (cuando se considera que el embarazo causa un peligro para la vida de la madre o para su salud física y/o mental).
- *Indicación eugenésica o embriopática*: tiene como fin la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad severa, o, en otras palabras, “un defecto estructural o funcional, presente al momento del nacimiento, que compromete órgano (s) imprescindibles para la vida extrauterina”⁸². En algunos casos la configuración de la causal es tal, que “la sola presencia de una tara genética autoriza la práctica de una interrupción del embarazo”, en otros casos, se autoriza solo cuando “la temida malformación psíquica o física del niño resulte intolerable para ella.”⁸³
- *Indicación ético-jurídica o criminológico*: se lleva a cabo cuando el embarazo ha sido consecuencia de una violación o cuando ha sido forzada antijurídicamente al embarazo, en palabras de Eser⁸⁴. En algunos ordenamientos, como por ejemplo el Código Penal español⁸⁵ de 1985, se exige que este hecho sea denunciado. Esto es criticable habida consideración de que las víctimas de delitos sexuales son reticentes a denunciar, especialmente cuando estos delitos tienen lugar en un contexto familiar.
- *Indicación por situación de necesidad general (también indicación social o socioeconómica)*:

(justificaciones explícitas bajo condiciones determinadas) y despenalizadoras (solo criminalizan el aborto cometido sin el consentimiento de la mujer o cuando no lo ejecuta un facultativo). En: ZUÑIGA, Yanira. Una propuesta de análisis, ob.cit. p.5.

⁸¹ Así, la nueva Ley Orgánica Española, Dinamarca –que regula esta materia en la Ley de Sanidad– y Francia – que lo regula en el Código de Salud Pública. Cita al pie n° 15 en LAURENZO C, Patricia. Reforma del aborto en España, ob.cit. p.386.

⁸² SEPULVEDA, Waldo. Seminario Diagnóstico Prenatal, Aspectos Clínicos y Éticos. Departamento Ética, COLMED. (20 abril de 2015, Santiago de Chile). [Consulta: 31 de agosto 2015] disponible en <http://www.colegiomedico.cl/default.aspx?tabid=760&ArticleId=2299>.

⁸³ ESER, Albin. Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán. Evolución y primeras experiencias. Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro – homenaje al profesor Antonio Beristein. Instituto Vasco de criminología, 1989. pp.719 – 739.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ MONGE, Antonia. Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo. *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, 2005, p. 245-262.

en consideración del Tribunal Federal Constitucional Alemán, ella corresponde a “la situación social general de la embarazada y sus conflicto familiares (los que) pueden ser de tal gravedad que no se pueda constreñir, mediante derecho penal, a la embarazada a llevar a cabo sacrificios que estén por encima de un límite determinado.”⁸⁶ La doctrina generalmente previene que esta indicación no es residual del resto e intentan proponer directrices generales para su aplicación, como son la carga personal excesiva para la embarazada, cargas extraordinarias económicas o la puesta en peligro de la vida futura de la mujer si no ha acabado aún su formación profesional.⁸⁷

Hay sistemas que cuentan con múltiples causales, de forma que el resultado práctico de la regulación es similar a un sistema de plazos. En efecto, en las últimas décadas se verifica una tendencia a la ampliación de las causales, incluyéndose algunas como la adolescencia de la mujer embarazada, la edad avanzada de la mujer embarazada o el padecer alguna enfermedad como el VIH⁸⁸.

La idea subyacente al sistema de indicaciones es la idea de distinguir el disvalor atribuido a la acción abortiva en determinadas situaciones. En general, las indicaciones terapéuticas y criminológicas gozan de alta aceptación en la opinión pública: de 193 países estudiados por la OMS, en 2011, 98% “permite el aborto para salvar la vida de la mujer, 67% para preservar la salud física, 65% para preservar la salud mental, 49% por violación o incesto, 46% por malformaciones fetales, 34% por razones económicas o sociales, y un 28% por requerimiento de la madre”.⁸⁹

Además de los requisitos variables que para cada una de ellas se establece, las indicaciones por lo general van ligadas a un plazo determinado. Así, por ejemplo, la indicación eugenésica o embriopática puede hacerse valer en España hasta las 22 semanas, mientras que la ética o criminológica hasta las 12 semanas⁹⁰. Desde este punto de vista la indicación terapéutica es excepcional ya que en los ordenamientos en que se encuentra consagrada, ella nunca está sujeta a plazos. Esto podría deberse a que los motivos que fundamentan la intervención de esta indicación tienen un fundamento de naturaleza y rango diferente a las demás.

86 BVerfG: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts T.39. En: ESER, Albin. Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán. Evolución y primeras experiencias, ob.cit.

87 ESER, Albin. Reforma, ob.cit.

88 ZÚÑIGA, Yanira. Una propuesta de análisis, ob.cit

89 Ello abordado en DONOSO S, Claudia. Despenalización del aborto en Chile: Una cuestión de justicia social. *Acta bioethica*, 2016, vol. 22, no 2, pp. 159-167.

90 LAURENZO C, Patricia. Reforma del aborto en España. La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración. ISBN 978-607-610-412-5, p. 387.

Los sistemas de indicaciones incluyen generalmente también un conjunto de requisitos comunes aplicables a todas las indicaciones, como son: (1) el consentimiento expreso de la mujer embarazada (acá se suscitan discusiones, en lo principal, relativas a los incapaces; a la autonomía de las menores de edad pero mayores de 14 y a las autorizaciones que pueden suplir la falta de autorización de los padres); (2) que sea practicado por un médico; (3) previa consejería; o (4) que se practique en un consultorio público o un servicio acreditado.

2.2.2 Sistemas de plazos

El modelo de plazos ha sido vinculado a una creciente consideración de la autonomía de la mujer como factor decisivo para la valoración jurídica de la interrupción del embarazo y se ha clasificado como un sistema de regulación jurídica de aborto consentido⁹¹, por cuanto el legislador otorga la facultad de decisión a la mujer, pero limita el espacio de tiempo en que ella puede ejercer dicha facultad. En este sentido, se ha señalado que un modelo de estas características implica reconocer que ante una situación de aborto deben ponderarse intereses contrapuestos al valor fundamental de la vida prenatal, que no se corresponde con el derecho fundamental a la vida (por no ser el nasciturus posible titular de derechos), mas es un objeto de protección, generalmente, de rango constitucional. Este “bien jurídico constitucional” puede ceder, en determinadas circunstancias, ante intereses de la máxima jerarquía normativa, como son los derechos fundamentales. Y es justamente la mujer afectada por dicha contraposición de intereses quien estaría en la mejor posición para poder ponderarlos.

El modelo de plazos busca dar mayor protagonismo a la mujer embarazada y, con distintos matices, es la tendencia europea mayoritaria⁹², y en general preponderante en los países del hemisferio norte⁹³. En la mayoría de los casos se establece la legitimidad del aborto en torno a la petición de la embarazada y, por lo general, va aparejado de algunos requisitos como son la obligación de recibir información previa, la obligación de asesoramiento o consejería psicológica o social y la espera de un plazo razonable⁹⁴ desde la información o asesoramiento hasta la fecha del procedimiento mismo. En nuestra

⁹¹ Ídem, p. 384.

⁹² En diferentes versiones puede encontrarse en las legislaciones de Alemania, Austria, Gran Bretaña, Francia, Finlandia, Suecia, Holanda, Italia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y Portugal. Para un panorama general de la regulación: UNITED NATIONS. Department of economic and social affairs. Population division. *World Abortion Policies 2007*. [Consulta: 31 de agosto 2018] disponible en http://www.un.org/esa/population/publications/2007_Abortion_Policies_Chart/2007_WallChart.pdf

⁹³ Aborto a nivel mundial 2017—Resumen ejecutivo, The Guttmacher Institute, [Consulta: 10 de junio de 2018] en <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-a-nivel-mundial-2017-resumen-ejecutivo>

⁹⁴ Tres días en España “art. 14 letra b: Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”. (Ley Orgánica 2/2010 que entró en vigencia el 05 de julio de 2010). Así también, cinco días en Uruguay (IVE N° 18.987 del año 2012).

opinión, los requisitos informativos si bien podrían vulnerar la autonomía de la mujer en tanto se busca disuadir su voluntad inicial, se le puede considerar también como forma alternativa a la prohibición penal del aborto como método de protección de la vida del que está por nacer, “para tutelar la vida embrionaria con la mujer y no contra ella.”⁹⁵

Un ejemplo de este tipo de regulación se encuentra en la conocida “regla de los trimestres” reconocida en *Roe v. Wade* por la Corte Suprema Norteamericana⁹⁶, conforme a la cual durante el primer trimestre del embarazo “el Estado no puede restringir el derecho de la mujer a poner término a su embarazo mediante la práctica de un aborto (...). Durante el segundo trimestre, el Estado puede intervenir regulando la práctica del aborto, cuando ello sea necesario en función de la protección de la salud y la vida de la mujer embarazada. A partir del inicio del tercer trimestre, el Estado puede incluso prohibir el aborto consentido para proteger la vida del nasciturus, salvo en los casos en que, según el diagnóstico médico, el aborto sea necesario para la preservación de la salud o de la vida de la madre.”⁹⁷

2.2.3 Sistemas mixtos

Como hemos visto en la sección anterior, aún en los casos en que se admite parcialmente una autorización del aborto consentido en virtud de un sistema de plazos, ese “campo de libre acción” que se reconoce a la mujer embarazada es adicional e independiente del reconocimiento de la posibilidad excepcional de interrumpir el embarazo, sin importar el estadio de desarrollo de éste, cuando ello sea necesario para la preservación de la salud o la vida de la madre.

En este sentido, los sistemas jurídicos generalmente complementan sus sistemas de plazos con *otro tipo de situaciones* que permiten siempre interrumpir el embarazo. El ejemplo paradigmático de este tipo indicaciones es justamente el aborto terapéutico, sin perjuicio de que existen ordenamientos que reconocen otros supuestos adicionales en que no resultaría punible la interrupción del embarazo fuera del “campo de libre acción” que reconocen como autonomía de la mujer embarazada (manifestado en el plazo), como es por ejemplo de Alemania que reconoce causales de exclusión de la pena exclusivamente para la embarazada aun cuando realiza fuera de las indicaciones, así como también una “dispensa de la pena”, como por ejemplo en caso de mediar coacciones del procreador o un abandono sorpresivo por éste⁹⁸.

⁹⁵ BVerfG, sentencia del 28 de mayo de 1993. En: LAURENZO C, Patricia. Reforma del aborto en España, ob.cit. p. 388.

⁹⁶ BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit., p.214.

⁹⁷ 410 U.S. (1973) 164-166, en: BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit., p.214.

⁹⁸ ESER, Albin. Reforma, ob.cit. p. 732.

Pareciera así, que la naturaleza de las indicaciones de un sistema de despenalización del aborto mediante indicaciones es diferente de la indicación terapéutica⁹⁹. Es que las primeras surgen como una manifestación o reconocimiento a la autodeterminación reproductiva de la mujer. La indicación terapéutica, en cambio, arrancan de (e importa) la preservación de la vida de la mujer.

Esto se condice con la difundida idea de que el aborto terapéutico no sería punible porque estaría cubierto ya por una causal de justificación supralegal, ya por alguna de las causales de justificación contenidas en el Código Penal. En este sentido, a diferencia de las hipótesis que introduce un sistema de indicaciones, que requieren de ese reconocimiento legal para producir la despenalización de esa acción, la indicación del aborto terapéutico parece no serle ajena a los sistemas penales¹⁰⁰. En este contexto es que se erige con fuerza la pregunta relativa a si la indicación terapéutica contenida en el nuevo artículo 119 *es* la misma indicación terapéutica - ‘propia’ de los sistemas jurídicos, podríamos decir, que tiene como objeto preservar la vida de la madre - o si constituye una de las hipótesis de un sistema de despenalización parcial del aborto mediante indicaciones, que puede abarcar al aborto terapéutico en los términos recién mencionados, pero también trascenderlo.

⁹⁹ Esto, entendiendo la indicación terapéutica como preservación de la vida de la mujer embarazada, sin perjuicio de que la comprensión de esta “preservación de vida” muta desde un concepto estricto de evitación de muerte (entendido en términos binarios de vida/muerte), hacia uno más amplio que comprende la salud de la mujer (entendiendo la vida como un conjunto más amplio de cualidades y posibilidades de desarrollo) pero que trae consigo el problema de su alcance. La cuestión sobre qué salud de la madre es la cubierta por una indicación terapéutica, será abordada más adelante.

¹⁰⁰ En el sentido de que, independientemente de la argumentación utilizada se entiende por lo general que ella está incluida en sistema jurídico. Este es justamente un argumento que fue utilizado por muchos detractores de la idea de legislar la despenalización del aborto en determinadas causales, particularmente la indicación terapéutica.

*Segunda Parte: Análisis de la norma prohibitiva:
consideraciones generales sobre el delito de aborto y el aborto terapéutico*

En lo siguiente abarcaremos de forma sintética los principales aspectos y conflictos planteados por el delito de aborto para referirnos luego al llamado ‘aborto terapéutico’.¹⁰¹

3. Sobre el delito de aborto en general

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito médico y de la bioética, en el derecho no existe un consenso asentado de lo que significa *abortar*. Esto en parte se debe a la elasticidad que se requiere del concepto cuando éste debe abarcar situaciones cualitativamente diferentes, como son el aborto cometido contra la voluntad de la mujer y el cometido o consentido por ella; mientras que en un caso se penaliza la transgresión a la autonomía reproductiva de la mujer, en otro la penalización implica la transgresión a su autonomía reproductiva.

La dificultad semántica-jurídica se conecta con la pretensión de fundamentación ontológica - instaurando hitos que a “ciencia cierta” determinen el inicio de la vida humana- para fundamentar enunciados morales, evadiendo la sustancia normativa y política.

La falta de consenso en torno a qué entendemos por aborto abarca ineludiblemente la pregunta sobre el fundamento y fin de la norma misma. Y es que varias de las posibles respuestas que se han dado a tal interrogante se enmarcaban en un momento histórico y cultural que privilegiaba posiciones hoy obsoletas – como el orden de las familias o el interés demográfico –, a la vez que no consideraban intereses y autonomías que hoy sí tienen algún grado de reconocimiento. Estos cuestionamientos – como el fundamento de la punibilidad, la extensión que puede tener una prohibición de ese tipo y los tipos alternativos que pueden servir para una protección penal del *nasciturus* – son importantes hoy más que nunca, toda vez que cuestionan la dicotomía individual/colectivo¹⁰² planteada por la teoría del bien jurídico y asimismo nos requieren (nuevos) fundamentos de las prohibiciones penales.

¹⁰¹ En lo siguiente usaremos indistintamente la palabra *nasciturus*, “no nacido” o “el que está por nacer” para referirnos tanto al embrión como al feto, sin perjuicio de que entendemos que son términos diferentes, cuyo significado y delimitación son discutidos. Esa discusión no será abarcada en esta tesis.

¹⁰² A propósito del fundamento de los deberes de solidaridad y su naturaleza: PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídicopenal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2017, no 26, p. 222-247.

El bien jurídico protegido y fundamentos de su protección

Habitualmente se puede leer que los bienes jurídicos tienen un rol trascendental en el derecho penal en tanto fundamento del castigo punitivo, criterio interpretativo, criterio sistematizador de las partes especiales, baremos de proporcionalidad, y en general como limitación al *ius puniendi* estatal¹⁰³.

Pese a ello, poco consenso existe en torno a qué es un bien jurídico, si la labor del derecho es su creación o reconocimiento, si ellos se corresponden o no con el objeto de protección o si pueden encarnar intereses colectivos. En este contexto, es fundamental distinguir el objeto de protección (o bien jurídico), el objeto de ataque, y el fundamento de su protección.

Para el delito de aborto, conforme a lo ya visto, aparece que el *objeto de ataque* podría corresponder al feto o a la vida (en casos de expulsión extrauterina), El *objeto de protección*, por su parte, no puede sino corresponder también a la vida del feto o de una persona nacida (en casos de expulsión extrauterina también, independiente de su viabilidad). Esto queda de manifiesto del texto mismo de los artículos 342 a 345 del Código Penal -concordantes a su vez con el art. 19 N°1 inc. 2° de la Constitución-

Para algunos el objeto de protección corresponde a las propiedades valiosas que tiene un objeto o un estado de cosas o institución, cuya alteración o supresión se trata de evitar. Esta idea corresponde a la concepción de bien jurídico de Kindhäuser, para quien el bien jurídico consiste en las “características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho”¹⁰⁴. En este sentido, el valor de los bienes jurídicos radica en la función de hacer posible la libertad. Precisamente dicha libertad responde la pregunta para qué proteger determinados bienes jurídicos, es decir, fundamenta su protección. En el delito de aborto, dicha libertad podría anclarse en el hecho de que su conservación permite el libre desarrollo de la personalidad, o en que existe algún interés en su supervivencia en tanto existe una expectativa de que se convierta en persona, entre otras.

¹⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. En *La teoría del bien jurídico:¿ Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. p. 197-226.

¹⁰⁴ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret*, 2009, no 1. p.10

Así, cuando se protege la vida de las personas mediante la tipificación del homicidio, ello se fundamenta -desde un punto de vista puramente secular y desprendido de nociones religiosas, que se siguen de las exigencias de un estado laico- en el interés en la propia supervivencia que tienen las personas. Esto es a lo que Mañalich refiere como interés no-trivial o interés temporalmente diferido en la propia supervivencia¹⁰⁵.

Por su parte, para fundamentar la protección de la vida del feto no es ampliable la misma consideración. Al feto, a diferencia de las personas, no puede atribuírsele un interés no trivial en su propia supervivencia en tanto “carece de la constitución psico-biológica necesaria para poder ser portador, precisamente, de un interés (actual) en su propia supervivencia”¹⁰⁶, de forma que sólo podría reconocerse en él un potencial interés futuro en la supervivencia. Y el argumento de la potencialidad, por su parte, no puede fundar una equiparación puesto que conduce a la imposibilidad para distinguir las diferencias entre lo potencial y lo posible. Así, por ejemplo, la distinción entre una acción abortiva y una acción anticonceptiva¹⁰⁷.

Desde luego, el feto no es la única forma de vida humana respecto de la cual se puede constatar la falta de interés no trivial en la propia supervivencia. De hecho, en un recién nacido tampoco puede constatarse el interés no trivial en la propia supervivencia. ¿Por qué entonces, la norma identifica en la cesura del parto una diferencia tan radical en la sanción con la que se castiga el ataque a la vida de seres que carecen igualmente del atributo que fundamenta la intensidad de la sanción? Como constata Hörster¹⁰⁸ la *norma ideal* protegerá a quienes adquieran las cualidades que los convierten en persona, que vendrán dadas por el nivel de desarrollo psico-biológico que permite la atribución de deseos (la que no es inmediata al parto y además no se deja reconocer por un hito común), pero en función de la seguridad jurídica y de la construcción de un ordenamiento conforme a las representaciones normativas del sentido común, se genera una *norma práctica* que permite optimizar la protección de las personas (o sea, que han adquirido el estatus de tal) fijando la cesura entre uno y otro estatuto de protección en un criterio específicamente identificable como es el parto. Esta es la consideración a la que esta tesis adhiere: la persona principia tras su nacimiento.

¹⁰⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, 2014, no 23. p. 321

¹⁰⁶ Ídem, p. 322.

¹⁰⁷ Ídem, p.323.

¹⁰⁸ HOERSTER, Norbert. Abtreibung im säkularen Staat. *Argumente gegen den*, 1991, vol. 218, no 2. En: MAÑALICH, Juan Pablo. La permisibilidad del aborto, ob.cit. p. 323

Esto es relevante, además, porque permite entender el razonamiento detrás del art. 19 N°1 incisos primero y segundo de la Constitución, que contiene dos normas diversas con un mismo objeto de protección, pero con un fundamento de protección claramente diferenciado.

En este sentido, parece ser que el fundamento de protección de la vida del feto como bien jurídico corresponde, por una parte, al interés contingente en la propia supervivencia que pueda tener un ser capaz de experimentar sensaciones, y por otra, la expectativa de que ese ser se convierta en persona y como tal adquiera el estatus normativo que esa posición deóntica importa¹⁰⁹. Esto, a diferencia del ser humano nacido, del cual puede establecerse un interés contingente en su propia supervivencia proyectable en el tiempo; un interés en la conservación de su vida en tanto premisa que hace posible su libertad, o como señala Mañalich, un interés no trivial en la propia supervivencia¹¹⁰.

Bajo estas consideraciones nuestro sistema, siendo coherente con el fundamento de protección subyacente, está abierto y es capaz de sustentar modificaciones orientadas a despenalizar el aborto bajo otros supuestos que reconozcan el amplio espectro de otras buenas razones que pueda tener una mujer para interrumpir su embarazo. Esto quiere decir que nuestro derecho es compatible con un sistema de aborto libre supeditado a plazos. El mandato constitucional de protección a la vida del feto puede concretarse, por ejemplo, en un delito de lesiones al feto, el que podría incluso ser más idóneo (en atención al aludido fundamento) para la concreción de una protección de la vida del feto en tanto futura persona.

Dicho esto, haremos una breve exposición de los principales argumentos que ha señalado la literatura sobre los bienes jurídicos protegidos en el delito de aborto, la cual ha sido en extremo conflictiva. Esto último evidente dadas las implicancias que presenta una u otra tesis, y precisamente, por los fundamentos que escudan la protección de uno u otro bien jurídico.

Según expresa el profesor Bascuñán Rodríguez¹¹¹, en cuanto a cuál es el bien jurídico protegido en las normas que prohíben el aborto, hay principalmente tres alternativas en disputa:

Una primera alternativa podría consistir en considerar como bien jurídico los *intereses personalísimos de la mujer embarazada*, reconocidos en la integridad personal y a la autodeterminación reproductiva

¹⁰⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, 2014, no 23.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ BASCUÑAN, R., Antonio. El delito de aborto. Apuntes editados para los estudiantes de Derecho Penal de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2007.

de la mujer¹¹². El fundamento constitucional de su protección se encuentra en la incolumidad personal y como concreciones del derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad. Pese a lo atractiva que resulta esta postura, tiene el problema de ser inverosímil de lege lata porque no explica la punibilidad del aborto causado o consentido por la mujer embarazada¹¹³.

Una segunda alternativa considera al *interés demográfico del Estado* o de la colectividad como objeto de protección. Esta tesis tuvo auge en el pasado, pero hoy es aceptada sólo en la medida de ser un argumento secundario o complementario, en cuanto de forma mediata se podría considerar que detrás de la mayoría de los delitos se encuentra la protección de las personas y ella, a su vez, podría encarnar el cuidado de un interés demográfico. Ha sido también desechada en general por su supuesta vinculación a los regímenes fascistas y nacionalsocialistas. Se suma a ello la interrogante acerca de cuál sería el fundamento de la protección: ¿dónde se encuentra consagrado el interés demográfico? Aun cuando existen diversas interpretaciones acerca de lo que Radbruch –quien señaló por primera vez esta posición- defendió y lo que el Código Penal alemán de ese entonces consignó, a juicio de Merkel¹¹⁴, solo fue Radbruch quien aisladamente sostuvo la postura de que se protegía un interés poblacional, y con ello un bien jurídico de la colectividad. Sin embargo, comenta el autor, el Reich ya en esa época desechó dicha interpretación y expresó que el bien jurídico primario era el fruto de la concepción individualmente, y que el bien jurídico secundario era la salud de la mujer embarazada.

Una tercera alternativa considera la *vida del nasciturus* como el objeto de protección de las normas prohibitivas del aborto. Esta tesis se ha presentado en diferentes formas (interés preponderante del feto, vida humana, versiones matizadas de vida humana como son vida humana en desarrollo, dependiente, en formación, expectativa de titularidad de derechos en tanto persona¹¹⁵). De esta postura existen dos variantes: la que considera la vida del nasciturus como un bien jurídico personalísimo de quien es titular el *propio nasciturus*¹¹⁶; o la que la considera como un interés de titularidad difundida, es decir, como un *bien jurídico colectivo*.

En esta línea, considerar que el mismo nasciturus es el titular del bien jurídico protegido presenta el problema de la *desigual intensidad de la protección* que el ordenamiento otorga a su vida (a través del

¹¹² Artículo 19 números 1, 4 y 7 CPR., respectivamente.

¹¹³ En el sentido de que estos casos constituyen *restricciones* a la autodeterminación reproductiva de la mujer

¹¹⁴ MERKEL, Reinhard. Der Schwangerschaftsabbruch. En: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (ed.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Boorberg, 2007, p. 304

¹¹⁵ MONGE, Antonia. Reflexiones jurídico-penales, ob.cit.

¹¹⁶ Así, entre nosotros, Politoff, Grisolía y Bustos. POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco. Derecho penal chileno. Parte especial, Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1993, 138 – 140. En: BASCUÑAN R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit., p. 5.

delito de aborto) en relación a la protección que brinda a la vida de la persona (a través del delito de homicidio).

El problema radica en que “la prohibición de lesionar o de poner en peligro bienes, conforme a una influyente enseñanza de la Jurisprudencia de los intereses, no se establece a favor de los bienes en sí mismos, sino teniendo en cuenta a su detentador o derechohabiente.”¹¹⁷ En este sentido, para entender que el titular del bien jurídico protegido es el nasciturus mismo, tendríamos que admitir considerarlo persona. Dicha posición implica utilizar funcionalmente el estatus deóntico de persona¹¹⁸. En efecto, señalar que el feto es persona porque tiene derechos, no alcanza, por ejemplo, a explicar situaciones como la de Alemania¹¹⁹ en que señalan que, por un lado, el feto tiene “derecho a la vida”, pero por otra, no tiene el estatus de persona. La aparente contradicción se resuelve bajo una segunda precisión; el bien jurídico puede ser equivalente a *derecho a la vida* (que solo podría atribuírsele a quienes ostentan la calidad de persona), o puede comprenderse que el bien jurídico es simplemente *vida*, y que su titular u objeto de protección puede ser no solo la persona sino también el feto, o incluso los animales; el interés en que no sea lesionado el bien jurídico integridad física o el bien jurídico vida no implican en sí la atribución de un derecho a la salud o derecho a la vida respectivamente. En este sentido, la vinculación entre derechohabiente y bien jurídico parece no soportar los intereses que las sociedades en la actualidad desean proteger penalmente. En este caso, la discusión es relevante porque como podremos analizar, otorgar un derecho, podría llegar a imponer una serie de deberes correlativos más potentes que los de simplemente salvaguardar la no afectación del bien jurídico que en él se contiene.

La vida del nasciturus como *bien jurídico colectivo*, por su parte, no permite justificar la punibilidad del aborto consentido porque en tal caso “se estaría salvaguardando un interés colectivo sin distribución equitativa de la carga que, en términos de restricción de libertades, implica su conservación. En comparación con el resto de los ciudadanos – entre los cuales se encuentra el difundido interés –, la carga que debe soportar la mujer embarazada, y solamente ella, es manifiestamente desproporcionada.”¹²⁰

Ahora bien, la determinación del bien jurídico protegido por el delito de aborto es de toda relevancia en cuanto solo el caso del aborto cometido sin el consentimiento de la mujer importa una lesión

¹¹⁷ GUZMÁN, José Luis. Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2012, no 17, p. 25. A su vez, en base a JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. 2000.

¹¹⁸ ““De un derecho subjetivo pueden inferirse normas de deber, pero no a la inversa.” BASCUÑAN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. Estudios Públicos, 2004, vol. 95, p. 49.

¹¹⁹ BASCUÑAN R, Antonio. *Límites a la autorización legal del aborto*, op. cit., p. 225.

¹²⁰ BASCUÑAN. R, Antonio. *El delito de aborto*, ob.cit. p. 6.

antijurídica a su autonomía reproductiva e integridad personal. De esta forma, el núcleo común del aborto viene dado por la afectación al interés de la supervivencia del nasciturus. En nuestra opinión -y como mostraremos a lo largo de la exposición en esta primera parte- esto no se condice con los preceptos constitucionales, legales y límites dados por el derecho internacional vigentes.

Los casos de aborto consentido son sin lugar a dudas un ámbito de colisión de intereses jurídicamente protegidos: se enfrentan los derechos fundamentales de la mujer embarazada al mandato constitucional de protección del que está por nacer. Pero lo cierto es que el legislador penal ha pasado por alto que esta protección no exige ser abordada en sede penal. Más bien, esta protección se logra en diversos ámbitos jurídicos, reconocidos en nuestro ordenamiento para su efectiva regulación y que evitan imponer la carga de este mandato constitucional bajo la penalización absoluta¹²¹. Erigiéndose el derecho penal como última ratio, no parece corresponder una protección al nasciturus bajo este ámbito¹²². Así también lo ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional.¹²³

Fundamento de justicia política

En el sentido de lo anteriormente expuesto, un problema medular y urgente respecto de la prohibición jurídico-penal del aborto consiste en establecer su fundamento de justicia política. En efecto, aún si -pese a los preceptos constitucionales que se verían afectados y a las faltas al razonamiento lógico dentro del ordenamiento que ello requeriría- consideramos que el feto *es* un ser humano y por tanto tiene un derecho fundamental a la vida, la cuestión no se resuelve.

El problema radica en que la prohibición del aborto consentido impone a la mujer embarazada un deber de tolerancia bastante peculiar porque en nuestro Código Penal no es posible encontrar un deber de

¹²¹ En ese mismo sentido, nuestro TC afirma, luego de detallar una serie de regulaciones que protegen la vida del que está por nacer en nuestro ordenamiento jurídico, que “todas estas normas apuntan a destacar que la protección del que está por nacer es heterogénea y no comprende solamente aspectos penales. Además, son diseñadas por el legislador. Se enmarcan, por tanto, dentro del diseño del artículo 19 N° 1 inciso segundo. Es decir, proteger al que aún no nace, en los términos que el legislador vaya estructurando”, STC, Rol 2937, ob.cit. c.61, p.92.

¹²² Consideramos que el derecho penal se erige con fuerza como *prima ratio* y hoy más que nunca importa cuestionar pertinencia de la intervención penal. En una doble contradicción, la punibilidad del aborto consentido ha demostrado ser, por una parte ineficiente (al no reducir los números de aborto y al no importar condiciones de aborto más seguras para quienes se los practican) e irracional (no explica por qué imponer la carga del cumplimiento de un mandato constitucional en una persona particular, o si se quiere, un grupo de personas particulares), y tampoco satisface las visiones de las mayorías (en caso de que fundáramos la prohibición en el populismo punitivo, como ha ocurrido en los últimos años). Profundizan en esta idea: LÓPEZ, Daniela y URBAITEL, Lara Micol. Una defensa del derecho al aborto desde el derecho penal mínimo. 2015. [Consulta: 30 de agosto de 2018] Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_13.pdf

¹²³ Sobre la consideración del derecho penal como última ratio: STC Rol 2937 ob.cit, c.41, p.80. a mayor abundamiento, también señala en c.45: “No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos sí, en cuáles no, de qué modo. También es necesario puntualizar que la Constitución no se refiere a una norma legal particular. Puede ser esta penal, civil, laboral, de seguridad social, etc;”.

general de solidaridad que imponga tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos¹²⁴. En este sentido, los deberes de solidaridad (o tolerancia)¹²⁵ serían impuestos ya por la existencia de una causa de justificación o ya por la imposición de un deber de socorro. En el primer caso, éste antiguamente solo cubría la afectación de bienes instrumentales, siguiendo la doctrina del estado de necesidad agresivo, consagrado en el artículo 10 N.º 7. Con la introducción del art. 10 N.º 11 –que no cuenta con una limitación de ese tipo– su ámbito de aplicación se ha ampliado, aunque la naturaleza, alcance y efecto justificante en la norma es controvertido. Nos referiremos a ello en relación a la indicación terapéutica para la interrupción voluntaria del embarazo más adelante. El segundo caso, corresponde a la omisión de socorro pero que conoce como límite la afectación de los propios intereses.

En el caso del delito de aborto, la prohibición de aborto importa atribuir a la mujer una posición de garante de la vida del feto, lo que podría encontrar su fundamento en la ausencia de sustituibilidad de su función. En ese sentido, señala Wilenmann, que “si el Estado se considera a sí mismo obligado a proteger la vida del feto, éste tiene que transferir todo el peso de sus deberes a la mujer, ya que él mismo no puede sustituir su posición”¹²⁶.

Ahora bien, la tipicidad genérica del aborto en nuestro Código Penal importa que el legislador ha resuelto explícitamente de forma genérica esta situación de colisión de intereses en desmedro de los intereses de la mujer y ello lo hace sobre la base del mandato constitucional de protección de la vida del que está por nacer. Pero justamente porque tal mandato no importa una prohibición absoluta de matar al feto y porque los “intereses de la mujer” pueden revestir en ciertos casos también la forma de intereses constitucionalmente protegidos, es que la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es relativa. De esta forma es como se arriba a la situación de conflicto de principios constitucionales y los correspondientes juicios de ponderación de conflictos de intereses constitucionalmente relevantes, ya largamente tratada por la doctrina.

Lo cierto es hay casos en que el juicio de ponderación no tiene otra resolución lógica y constitucionalmente adecuada más que en favor de los intereses de la mujer. El paradigma de ello lo constituye el caso de interrupción del embarazo cuando la vida de la mujer se encuentra actual o inminentemente en riesgo, el que se ha designado comúnmente como aborto terapéutico. Así, reconocemos de lege lata un deber general de tolerancia de la mujer respecto del embarazo, lo que

¹²⁴ BASCUÑAN, R., Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 68.

¹²⁵ Esto ha sido discutido en MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas y deberes de tolerancia. Revista chilena de derecho, 2014, vol. 41, no 2, p. 473-522.

¹²⁶ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. Revista de derecho (Valparaíso), 2013, no 40, p. 301.

importa un *cierto grado* de afectación de sus intereses personalísimos, en ningún caso absolutos, pues ningún derecho fundamental lo es.¹²⁷

La disputa para quienes aboguen por el reconocimiento pleno de la autonomía reproductiva de la mujer es entonces determinar qué otras situaciones imponen un grado de afectación de los intereses personalísimos de ésta por sobre la afectación inherente al embarazo de forma tal que pongan en cuestión la exigibilidad del deber de tolerarlo. La interrogante relativa a cuáles son estas otras situaciones exceden los límites de este trabajo. En su lugar, intentaremos dilucidar la naturaleza y efectos de una indicación de aborto terapéutica y específicamente de aquella introducida recientemente a nuestro ordenamiento a través de la modificación al art. 119 del Código Sanitario. Antes de ello, analizaremos los aspectos fundamentales del delito de aborto.

3.1 Análisis del tipo objetivo

De la ubicación del delito dentro de nuestra normativa penal es dable entender que al momento de la redacción del Código no se consideró al feto o embrión como persona¹²⁸, dado que los crímenes y simples delitos contra las personas se ordenan bajo ese título, correspondiente al VI, bajo el cual se tipifican el homicidio (parricidio, femicidio, auxilio al suicidio), el infanticidio, las lesiones corporales, el tráfico y la trata de personas, las calumnias y las injurias.

Conducta típica

La acción constitutiva del delito de aborto se encuentra en la fórmula “causar un aborto”, común a los artículos 342, 344 y 345 (equivalente también al “ocasionar” del Art. 343). Esto es la acción de interrupción de un embarazo existente. En cuanto al contenido material de esta afirmación, se pueden distinguir dos premisas interpretativas básicas:

¹²⁷ En esos mismos términos reconocido específicamente respecto al derecho a la vida: “Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.” STC, Rol 2937, ob. cit. c.49, p.86.

¹²⁸ Esto es aceptado también por aquellos que abogan por mayores derechos para el feto. Así, por ejemplo, Solange Doyharcabal: “Siguiendo el orden del Código belga, la comisión redactora del Código Penal lo ubicó dentro de los delitos contra el orden de las familias, ubicación desafortunada, puesto que el bien jurídico protegido es otro: la vida del que está por nacer y, en consecuencia, hubiera debido incluirse entre los delitos contra las personas, aun cuando legalmente, como sabemos, el embrión o el feto no tiene tal calidad.” DOYHARCABAL CASSE, Solange. El derecho a la vida del “nasciturus” en la legislación chilena y comparada. Revista Chilena de Derecho, 1994, p. 315.

a) La consideración del aborto como *expulsión* de un feto o embrión del útero en que se anida: Esta interpretación -la más antigua- arranca de la acepción semántica idiomática de la palabra abortar y por tanto se le ha conocido como semántica o gramatical. Según este razonamiento es posible distinguir entre las acciones de expulsar al feto del vientre materno y la de matar al feto (*feticidio*), y solo sería la primera de ellas una conducta punible. Esta postura es coherente con el concepto médico de aborto, pero carece de razonabilidad político criminal¹²⁹ pues desvincula el resultado típico de la lesión con el bien jurídico protegido.

b) La consideración del aborto como *producir la muerte* de un feto o embrión durante el embarazo¹³⁰: Esta interpretación -moderna- arranca del bien jurídico protegido por el delito de aborto y por ello se le ha denominado como teleológica. Ella es coherente con el objeto de protección de la norma y en ese sentido es para algunos razonable político-criminalmente en la medida que relaciona la lesión del bien jurídico con la consumación del delito¹³¹.

La distinción tiene relevancia práctica para la imputación del delito de aborto en los casos en que, producto de ataques al feto o embrión, éste muere, pero permanece en el útero de la mujer, o bien, es expulsado del útero, pero sobrevive a los ataques.

Además de estos casos en que la acción configura el tipo, Javier Wilenmann plantea que el artículo 344 contendría una hipótesis de comisión por omisión para la mujer¹³², la que encontraría su fundamento en la especial posición que tiene ella en tanto juega un rol irremplazable para la preservación del embarazo¹³³. Bajo esta consideración, se “configura directamente un deber al obligar a no consentir en la causación del aborto.”¹³⁴ “Se infringe el deber de tolerar el embarazo cuando se consiente en su término, al omitir un deber de conservación. En cambio, la idea de participación es mucho más amplia

¹²⁹ Esto es consenso en la doctrina actual. Para el detalle de la crítica: BASCUÑAN, R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p.12.

¹³⁰ Así Politoff, para quien la acción de aborto consiste en “dar muerte al feto” en BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Chileno. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*, 1993, p.142. Así también Etcheberry, quien lo define como “la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona” en ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. III. p.88.

¹³¹ BASCUÑAN, R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 13.

¹³² Por oposición a una tesis que lo interprete como una forma de participación (POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS. Derecho penal chileno, Parte especial. *Santiago, Ediciones Encina*, 1971, pp. 219-220 y GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal. Parte especial. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*, 2007, III, p. 113) o como coautoría calificada (ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte especial*. 3ª edición. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*, 1998, III, p. 102), en WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob.cit., 304, nota al pie número 46.

¹³³ En todo caso, la interrupción voluntaria del embarazo por indicación terapéutica es siempre una acción voluntaria para quien la ejecuta, encaminada a salvaguardar la vida de la mujer.

¹³⁴ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob.cit., 304.

que el concepto de consentimiento aún en su forma más amplia.”¹³⁵ En su opinión, “existe una justificación sensata a la imposición del deber de conservación del embarazo positivado en la hipótesis de consentir, como constitutiva de un tipo de omisión propio.”¹³⁶

El *objeto material* sobre el que debe recaer la acción es, desde luego, el feto o embrión anidado en el útero: el ser humano en gestación cuya vida se encuentra entre la cesura de la anidación y la cesura del parto.

La cuestión sobre el objeto de la acción ha sido discutida fundamentalmente en torno a los límites del aborto, a efectos de: (1) hitos de inicio de la protección mediante delito de aborto; y (2) delimitación respecto de la protección mediante tipificación del delito de homicidio.

En cuanto a lo primero, con ayuda de criterios médicos, se ha entendido que el límite mínimo del aborto es la anidación¹³⁷ en el útero de la mujer, la que se produce entre 7 y 14 días después de la concepción¹³⁸. Reafirma dicha consideración nuestra jurisprudencia interamericana al señalar, respecto a la prohibición de técnicas de fertilización in vitro y otras técnicas de reproducción asistida – y de paso, sobre métodos de anticoncepción- y la alegación de que constituirían embriones merecedores de protección, que “el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal”¹³⁹.

En cuanto a lo segundo, el llamado límite máximo del aborto es el momento en que comienza el reconocimiento del individuo como persona (nacimiento), el que generalmente se identifica con el parto. En relación con esto -y dada la naturaleza evolutiva del feto o embrión- también se ha discutido el (3) cambio jurídicamente relevante en el objeto de la acción. Esto es, el estatuto de protección cuando la acción se verifica en un estado del objeto y el resultado en otro, existiendo una tendencia generalizada por el momento de la incidencia en el objeto de la acción¹⁴⁰.

Cierta doctrina ha intentado esgrimir que el objeto material del aborto debe reunir determinados atributos para ser objeto idóneo del delito de aborto, lo que obtendría la exclusión de la esfera de

¹³⁵ Ídem, p. 304.

¹³⁶ Ídem, p. 305.

¹³⁷ Esta idea corresponde a la teoría de la anidación (en oposición, principalmente, a quienes comprenden el comienzo de una nueva vida humana desde la fecundación o desde la concepción). Así COPELLO, Lorenzo. El aborto no punible. Editorial Bosch cas, SA, primera edición. España, 1990.

¹³⁸ PERSAUD, Moore; MOORE, Keith L. Embriología clínica. Editorial Elsevier Science. Madrid, España, 2004, pp. 41-44.

¹³⁹ CIDH, Caso Artavia Murillo, ob. cit. c. 135, p.99.

¹⁴⁰ Para ello ver FARRÉ T., Elena. Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente. En: MONGE, Antonia. Reflexiones jurídico-penales, ob.cit.

protección dada por el delito de aborto en determinados casos por atipicidad¹⁴¹. Si bien el esfuerzo es loable, no es del todo convincente. A nuestro parecer, los más interesantes aportes son el atributo de *individualidad*¹⁴² (a través del cual se constata la existencia de un individuo de la especie humana, sea que se entienda como constitución o como expresión de un nuevo código genético) y la *proyección*¹⁴³ (en tanto viabilidad, aunque nos plegamos a las críticas del profesor Bascuñán¹⁴⁴ en cuanto a que la exclusión del ámbito típico de productos inviábiles se produce por el requisito de individualidad y por el requisito de anidación para que se constituya el embarazo). Por su parte, su criterio de normalidad nos parece impreciso e incorrecto. La anormalidad correspondería a aquellos a los que se diagnostica una vida extrauterina efímera y a los que la sociedad le cuesta identificar como humanos. Lo primero es una cuestión sin reconocimiento legal, que solo podría ser subsanada por una indicación embriopática y que es objeto de diversas discusiones médicas no zanjadas. Lo segundo solo puede aceptablemente verificarse en torno a la individualidad, en cuanto solo podrían excluirse los productos que no cuenten con los rasgos biológicos definitorios de la especie humana, toda vez que el aborto justamente tiene como objeto la protección del nasciturus.

Dicho esto, en el contexto de este trabajo *entenderemos por acción de aborto “la interrupción del embarazo de una mujer, ya sea mediante la expulsión del embrión o feto asumiendo su muerte como resultado de ello, o mediante la muerte directa del embrión o feto anidado en el útero de la mujer”*¹⁴⁵. Ello en tanto utiliza una combinación entre la concepción semántica (expulsión del embrión) y teleológica (mediante la muerte directa del embrión o feto).

Como adelantábamos ya al inicio de este apartado, el delito de aborto se encuentra regulado en nuestro derecho en el Código Penal, bajo el título relativo a los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual. Entre los artículos 342 y 345 nuestro Código Penal actualmente vigente contempla diferentes hipótesis, ordenadas en torno criterio del autor del delito (primero aquellos cometidos por un tercero, luego el causado o consentido por la mujer embarazada y finalmente el aborto del facultativo)¹⁴⁶.

El criterio utilizado por el legislador es inadecuado en múltiples sentidos. Primero, según expone Bascuñán, porque la identificación de círculos de autoría que hace no tiene propósito alguno, toda vez

¹⁴¹ DIEZ R., José Luis. Bien jurídico Protegido y Objeto Material del delito de aborto. *la obra colectiva: Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal*, 2005, vol. 9.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ BASCUÑÁN R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 16.

¹⁴⁵ BASCUÑÁN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, ob. cit.

¹⁴⁶ BASCUÑÁN R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 8.

que no los vincula a deberes específicos¹⁴⁷, ni reconoce una exigibilidad disminuida respecto de la mujer embarazada¹⁴⁸. En segundo lugar, porque esta diferenciación entre la autoría de la mujer embarazada respecto de la autoría del tercero “pone a la regulación del aborto en tensión con las reglas generales de determinación de la penalidad de los autores y partícipes”¹⁴⁹, y plantea el problema de la identidad entre el consentimiento de la mujer en el delito de aborto cometido por el tercero – art. 342 N°3 – y el delito que comete ella al consentir – art. 344-; esto es, cómo se diferencian los supuestos en que la mujer embarazada, mediante su consentimiento, comete los delitos de una y otra hipótesis. Finalmente, porque tal sistematización pasa por alto la diferencia fundamental que media entre el aborto consentido y el no consentido por la mujer.

Así, nos parecería más correcta una tipificación del aborto que se iniciara con un tipo simple (o básico) de aborto dado por aquél que se produce con el consentimiento de la mujer embarazada (abarcando las hipótesis contenidas en el Art. 342 N°3 y en el Art. 344), y que luego contuviera las hipótesis calificadas, que vendrían dadas por los casos de aborto cometido sin el consentimiento de la mujer (hipótesis del art. 342 N°1 y 2)¹⁵⁰. Dado que esta exposición nos parece lógica, en ese orden analizaremos brevemente los tipos:

a) *Aborto voluntario*: aunque dogmáticamente podríamos distinguir acá al tipo básico o simple de aborto toda vez que el único bien jurídico amparado es la protección de la vida del que está por nacer, se trata en nuestro ordenamiento de una estructura compuesta de dos hipótesis: (1) causación del aborto por un tercero, con el consentimiento de la mujer embarazada, tanto en el art. 342 N°3 como en el segundo supuesto del art. 344¹⁵¹; (2) causación del aborto por la mujer embarazada, denominado también autoaborto, en el art. 344.¹⁵²

Como adelantamos a propósito de la acción, el profesor Javier Wilenmann¹⁵³ aborda el peculiar tratamiento de la autoría de la mujer embarazada respecto del delito de aborto, la que podría realizar el

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Como lo hace el Código Penal Alemán al establecer en el inciso segundo del § 218c que la mujer embarazada no es punible por las conductas tipificadas en el inciso primero.

¹⁴⁹ BASCUÑAN, R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p.8.

¹⁵⁰ Otra posibilidad sería contemplar, a continuación del delito del aborto consentido, un delito de aborto de otra clase, dado por las hipótesis de aborto sin consentimiento de la mujer. Una solución de este tipo tiene la ventaja de la relevancia simbólica que tiene distinguir como dos delitos diferentes el aborto consentido del no consentido, coherente con los diferentes bienes jurídicos protegidos en una y otro caso, así como facilitar futuras modificaciones a uno y otro tipo de forma independiente.

¹⁵¹ Artículo 342 N°3: “El que maliciosamente causare un aborto será castigado con la [pena] de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”

¹⁵² Artículo 344: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.”

¹⁵³ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob.cit. pp. 281-319.

tipo tanto causando su aborto como consintiéndolo. En base a ello el autor plantea que la mujer sería sujeto de un mandato de solidaridad por necesidad con el feto, dado que el mantenimiento del embarazo es la única forma de asegurar supervivencia. Esa posición especial de la mujer reconocida por el Código la denomina, en sus propias palabras, imprecisamente, como *posición de garante*¹⁵⁴. En este sentido, el sistema reconocería un marco de realización del tipo para la mujer más amplio que respecto de los demás intervinientes.

Estos casos plantean el problema relativo a la configuración compleja de la autoría y participación dando lugar a casos de coautoría, de autoría exclusiva de la mujer embarazada y de autoría exclusiva del tercero¹⁵⁵. Otro aspecto discutido por Wilenmann en torno a estos casos es si para que se verifique el consentimiento de la mujer basta su tolerancia (autora por omisión de evitación de resultado) o si su participación se constata en la acción del tercero¹⁵⁶.

b) *Aborto no voluntario*: supuesto agravado por la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos adicionales a la vida del que está por nacer, como son la autodeterminación reproductiva de la mujer y su integridad personal. En nuestro código encontramos una hipótesis del delito básica o general y una calificada por el uso de violencia, correspondientes a: (1) causación del aborto¹⁵⁷; y (2) causación del aborto por un tercero que ejerce violencia en la persona de la mujer embarazada¹⁵⁸, respectivamente. Estos casos plantean problemas como son el de la ausencia e ineficacia del consentimiento de la mujer¹⁵⁹; el de la delimitación entre la actuación sin el consentimiento de la mujer y contra el consentimiento de la mujer¹⁶⁰; y el de la violencia y la coacción¹⁶¹.

¹⁵⁴ En su texto Wilenmann expone que el Código Pena instaura a la mujer embarazada en una suerte de posición de garante porque le asigna deberes más intensos y exige de ella prestaciones, lo que a la vez explica el aumento de la penalidad respecto de ella. Eso se fundaría en el mandato constitucional de protección al nasciturus y su posición única e irremplazable para la gestación del feto. Ídem, p. 284. La referencia al deber de garante sería imprecisa en consideración a la relación de la mujer embarazada respecto del feto (que en tanto no ser nacido no es persona, tampoco puede ser entonces jurídicamente hijo), la que no alcanza a configurar una posición de garante en tanto categoría jurídico penal relacionada con la comisión por omisión. Nos parece que al respecto lo correcto es asumir que mediante la prohibición de aborto se sitúa a la mujer embarazada en una posición única o sui generis, no asimilable a otras instituciones dentro de nuestro ordenamiento.

¹⁵⁵ BASCUÑAN, R., Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 19.

¹⁵⁶ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob.cit. p. 303.

¹⁵⁷ del art. 342 N°2: “*El que maliciosamente causare un aborto será castigado con la [pena] de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza [violencia en la persona de la mujer embarazada], obrare sin consentimiento de la mujer.*”

¹⁵⁸ del art. 342 N°1: “*El que maliciosamente causare un aborto será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.*”, y bajo esta hipótesis podría considerarse también el aborto del art. 343: “*(...) el que con violencia 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.*”

¹⁵⁹ Abordado en BASCUÑAN, R., Antonio. El delito de aborto, ob.cit. pp. 26 y 27.

¹⁶⁰ Ídem, pp. 24 y 25.

¹⁶¹ Por una parte, lo relativo a qué debe entenderse por ‘violencia’. Al respecto ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 98 y 99; para quien violencia equivale a coacción y abarca tanto fuerza física como fuerza moral (amenazas, intimidación); crítico BASCUÑAN, R., Antonio. El delito de aborto, ob.cit. pp. 34 y ss. Por otra, los concursos con lesiones o muerte de la mujer embarazada. Al

Si bien la radical diferencia que media entre ambos tipos de aborto es generalmente aceptada por el derecho comparado¹⁶², ella es ajena a nuestro ordenamiento. En nuestro derecho importante doctrina considera que, aunque la diferenciación no sea explícita, ella “se infiere, al menos en tres aspectos relevantes: la posibilidad de alegar como causal de justificación la necesidad terapéutica del aborto, la de alegar la atenuación de la actuación honoris causa, y la pena que corresponde imponer al tercero que participa en estos hechos, con relación a los casos de aborto no voluntario.”¹⁶³ Aunque nos parece innegable que una diferencia se advierte en los aspectos señalados, no deja de ser menos cierto que tal apreciación corresponde a una interpretación de la dogmática y no a la exposición del legislador, que prefirió como criterio ordenador el autor del delito. Consideramos que la prohibición absoluta de interrupción de embarazo no es coherente con las consideraciones actuales del delito de aborto¹⁶⁴, pero que, pese a ello, tiene sentido bajo la comprensión de éste como un ataque al orden de la familia.

No es baladí entonces que el Código dedique una mención especial a la mujer y no así al padre o los demás miembros de la familia (dada su ubicación dentro del CP). Precisamente, lo que hizo el legislador fue regular la maternidad como una estructura perteneciente al orden de las familias – y no a las mujeres-. Consistente con ello, un elemento histórico relevante es que, a la fecha de la dictación del Código Penal, las mujeres aún no adquirirían pleno derecho al voto¹⁶⁵, ilustrativo de que en la cosmovisión de la época la mujer aún no era un sujeto pleno de derecho y que, con mucha menos razón, podría disponer de su propio cuerpo o destino. De suyo viene comprender la importancia del derecho al aborto en los movimientos feministas: es la reivindicación de las mujeres como ciudadanas autónomas¹⁶⁶.

En cuanto al *aborto voluntario* por la mujer embarazada, éste abarca tanto el auto-aborto como el aborto consentido. El sujeto activo del tipo es la mujer embarazada en tanto ella misma lo cause.

respecto POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco. Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. 2° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 152 y ss., 161 y ss.

¹⁶² MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Manual de derecho penal chileno: parte especial. 2017, p. 123.

¹⁶³ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p.88.

¹⁶⁴ En que hay un relativo consenso que el bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer, esto es, la vida humana dependiente, aún cuando no se ordene bajo el título de los crímenes y simples delitos contra las personas, así como respecto de que el interés en la protección de esa vida dependiente no tiene un rango absoluto y no puede implicar la inobservancia a intereses fundamentales de la mujer, como son la cautela de su vida o de su integridad física y psíquica. En este mismo sentido, recordar STC, Rol 2937, ob. cit. c.49, p.86.

¹⁶⁵ Si bien en 1934 adquieren por primera vez derecho a voto en las municipales, no será sino hasta el año 1949 en que se otorga el derecho pleno a voto, bajo la Ley N°9.292, establece el sufragio femenino para elecciones parlamentarias y presidenciales, de 8 de enero de 1949. BCN. Historia política. Procesos Eleccionarios, período 1925-1973. [Consulta: 30 de agosto 2018], disponible en https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63027&periodo=1925-1973

¹⁶⁶ Ver: LAMAS, Marta. El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina. Perf. latinoam. 2008, vol.16, n.31, pp.65-93.

Además, de seguirse la referida teoría de Wilenmann de comisión por omisión (propia), en el caso de auto-aborto ella también sería autora por medio de su llamada ‘participación necesaria’¹⁶⁷, de la que toma parte a través de su consentimiento a que un tercero se lo cause. En este último caso, cuando el aborto lo cause un facultativo, es aplicable la hipótesis del art. 345. En él, dada la función social de las profesiones de la salud, se contempla un mayor grado de reproche a la autoría del facultativo, equiparándolo al reproche que se hace a la mujer. Asumiendo esa consideración sería notable que para nuestro legislador penal la mujer embarazada tuviera un deber especial análogo al del profesional. Sería comprensible que la mujer adquiriera un deber tal cuando su condición fuera consecuencia de actos suyos voluntarios. Sería interesante indagar en si este deber entonces cedería en las situaciones en que la voluntad de la mujer no ha intervenido en la ocurrencia de las condiciones que la sitúan en esa posición de deber, como una violación. O más aún, cuando la mujer ha tomado las diligencias necesarias para evitar el embarazo, pero se encuentra en él por errores no imputables a ella, como son por ejemplo los fallos anticonceptivos.

El *sujeto pasivo* de este tipo de aborto coincide con el objeto material de la acción y corresponde al *nasciturus*. Como mencionamos anteriormente, el *nasciturus* solo se convierte en tal una vez que se anida en útero, dando así comienzo al embarazo, el que se extiende hasta la expulsión del útero. Así, tampoco son sujetos pasivos del delito de aborto los productos de fertilización *in vitro* antes de ser implantados en el útero¹⁶⁸.

Respecto de los *medios comisivos*, no existe ninguna limitación.

Sin perjuicio de que los usos normativos no constituyen parte del tipo penal, y como veremos más adelante, es posible encontrar en manuales y textos de derecho penal que abordan el delito de aborto referencias a la *lex artis médica*¹⁶⁹. En relación a ella, las normas contenidas en el Código de Ética del Colegio Médico, el que en el artículo 8° de su última versión (2004) señala que "toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la

¹⁶⁷ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob.cit.

¹⁶⁸ Así se señala explícitamente en el mencionado fallo de la CIDH Artavia Murillo en su considerando 315: “En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.” Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, p. 99.

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, MATUS y RAMÍREZ. Manual... (2017), ob. cit., p. 131 y BASCUÑAN R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p.68.

madre y el hijo". Esta escueta formulación puede complementarse con la declaración¹⁷⁰ emitida por el Departamento de Ética de este mismo organismo, la que se expresa en el sentido de que, pese a los ciertos avances de la ciencia médica en el tratamiento y control de ciertas patologías, existe aún situaciones en las que la única alternativa consiste en la interrupción de la gestación.

3.2 Tipo subjetivo

Las consideraciones relativas a los elementos subjetivos del tipo del delito de aborto consentido exceden este trabajo. Por ello, y aun cuando una parte de doctrina ha controvertido la afirmación¹⁷¹, nos bastará con señalar que consideramos que el delito de aborto consentido requiere de dolo directo, lo que se extrae de la redacción misma: “causar un aborto” y “maliciosamente”¹⁷².

Agregamos asimismo que de todas formas no hay delito culposo de aborto, pues la ley no lo ha contemplado, de forma que no existe el cuasidelito de aborto.

Finalmente, reiteramos la cuestión relativa al error sobre el consentimiento de la mujer en los casos de aborto terapéutico, que bien ponen de relieve Politoff, Matus y Ramírez: “todavía un problema adicional plantea el error sobre el consentimiento en los casos de aborto terapéutico, pues aquí ya no se trata de un elemento del tipo, sino, conjuntamente con la existencia de la inviabilidad del feto y el peligro que su desarrollo significa para la vida de la madre, de uno de los supuestos fácticos de la causal de justificación, que, según nuestro parecer, ha de tratarse como un error de tipo, esto es, que en

¹⁷⁰ COLEGIO MÉDICO DE CHILE. Declaración del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile, en relación al aborto terapéutico. 2003. [Consulta: 19 de julio 2018] disponible en <http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2015/08/Aborto.pdf>

¹⁷¹ Así, para algunos la referencia a maliciosamente es solo la conciencia de la ilicitud del hecho. En efecto, es posible distinguir dos tipos de dolo, dolo de primer grado o de propósito que es “actuar con la intención de generar el resultado”, y el segundo grado que es sin la intención, pero asumiendo que tendrá lugar, y algo diferente, sería la conciencia de la antijuridicidad. En ese sentido, por ejemplo, Mañalich señala que el efecto de que no opera la presunción de voluntariedad o presunción sobre el conocimiento de la ilicitud del hecho, entonces es necesario probar por el ente persecutor que la persona tenía conciencia de la ilicitud. En: MAÑALICH, Juan Pablo. El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de derecho (Valdivia), 2011, vol. 24, no 1, p. 110.

¹⁷² Así GARRIDO M., Mario. Derecho penal. *Parte general*, 2001, vol. 1 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p.98. Contrariamente, hay quienes consideran que se satisface con dolo directo, así como con dolo eventual. Así, para Bascuñán no existen requisitos especiales respecto de la mujer embarazada de forma que debe entenderse que puede cometerlo con dolo directo o dolo eventual, pero que esboza la posibilidad de restringirlo a dolo directo en virtud del carácter accesorio de su participación cuando consiente el aborto cometido por un tercero. En: BASCUÑAN. R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p.21.

todo caso excluye el dolo y, por tanto, no existiendo una figura culposa de aborto, la punibilidad del hecho.”¹⁷³

3.3 Caracterización del delito

El delito de aborto consentido puede clasificarse, en torno a las principales categorías que ha concebido la dogmática penal, de la siguiente forma:

Como señalamos anteriormente, el delito de aborto es típicamente un delito comisivo, sin perjuicio de la mencionada hipótesis de comisión por omisión relativa al deber de garante de la mujer planteada por Wilenmann¹⁷⁴. En segundo lugar, podría considerarse un delito de actividad o de resultado según qué contenido material se atribuya a la acción constitutiva del delito de aborto. Nos parece que, en los términos actuales, es claro que el delito de aborto consentido es un delito de resultado en tanto se requiere que se produzca bien la expulsión o la muerte (o ambos) del feto. Además, el tipo de delito porta un elemento subjetivo dado por la expresión “maliciosamente”. Ahora bien, es discutible la función que cumple esta expresión, lo cual como ya mencionamos, excede este trabajo.

En cuanto a los sujetos del delito de aborto, son delitos comunes los tipificados en los art. 342 y 343, en el sentido de que cualquiera puede ser autor de estos delitos. Desde luego, el auto aborto solo puede ser cometido por la mujer embarazada y el aborto tipificado en el art. 345 solo puede ser cometido por el facultativo.

4. Sobre el aborto terapéutico

En el seno de la dilatada discusión dada ante nuestros órganos legislativos con motivo de la esperada ley de IVE pudimos ser testigos de las diferentes concepciones respecto de la vida, la muerte, el derecho, la ética y la justicia que convergen en torno al debate sobre el aborto. Mientras tanto, el “aborto terapéutico” gozaba, según diferentes encuestas, de la más alta aprobación de la opinión pública¹⁷⁵.

¹⁷³ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p.99.

¹⁷⁴ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob.cit.

¹⁷⁵ Al respecto ver estudio de opinión pública FLACSO 2009. En: DIDES, Claudia; BENAVENTE, Cristina; SÁEZ, Isabel. *Estudio de opinión pública sobre aborto Brasil, Chile, México, Nicaragua*. Flacso Chile, 2010. Se señala en él que un 90% de los encuestados consideró que debía ser revisada, al ser preguntados por su opinión en torno a la ley vigente en ese

Si bien las sustanciales diferencias en torno a la ética y a la legitimidad de la sociedad y sus herramientas – entre ellas ciertamente el derecho- para imponer la prohibición o para admitir la permisión del aborto en determinadas circunstancias son el fondo de la discusión, lo cierto es que la brecha semántica hace lo suyo también. Y es que *aborto* tiene un diferente significado en la esfera jurídica, en la médica y en su uso corriente. Sumado a esto, también existen elementos semánticamente conflictivos que rodean el aborto, como son el significado y delimitaciones del embarazo y de la individualidad humana.¹⁷⁶

4.1 Aborto terapéutico en el lenguaje médico y bioético

La voz abortar tiene, en las diferentes disciplinas científicas, diferentes acepciones. Para la embriología se define como “la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable ‘ex útero’”¹⁷⁷. Por su parte, la definición clásica de aborto dada por la obstetricia corresponde a “la interrupción espontánea o inducida del embarazo antes de la viabilidad fetal”¹⁷⁸. Acorde a ella, “el límite sobre el cual se considera viable un feto puede ser definido desde 2 puntos de vista: (1) anatómico, a las 24 semanas es el momento en el que el pulmón está capacitado para realizar la función respiratoria y por lo tanto marca el límite de la viabilidad; (2) cronológico, se considera como límite una edad gestacional segura de más de 20 semanas o un peso de 500 gramos”¹⁷⁹. Esta definición es coherente con la dada por la OMS, así como por diferentes organismos internacionales.

Para dilucidar el alcance del concepto en el lenguaje médico hemos recurrido al doctor Gonzalo Rubio Schneider¹⁸⁰, quien señala, en concordancia con la definición obstétrica dada, que “en el lenguaje médico, a diferencia del legal, aborto significa *interrumpir un embarazo antes de que el feto sea viable*. Esto ocurre antes de las 22 semanas de gestación, ya que no hay desarrollo del sistema respiratorio del

momento. Además, un 64,4% consideró que debía permitirse el aborto cuando se encuentra en peligro la vida de la madre, 64% por malformación del feto, 58% por incesto, 39,8% por razones de salud mental de la madre y 15% por cualquier razón que la mujer decida.

¹⁷⁶ Esto es puesto de relieve y abordado, desde la ética científica, en VALENZUELA, Carlos Y. “Ética científica del aborto terapéutico”. Rev. méd. Chile. 2003, vol.131, n.5, pp.562-568.

¹⁷⁷ O’RAHILLY R, Müller F. Human embryology and teratology. Wiley-Liss, Inc. New York, USA, 1996. En: VALENZUELA, Carlos Y. Ética científica del aborto terapéutico, ob.cit.

¹⁷⁸ PÉREZ, Alfredo y DONOSO, Enrique. Obstetricia. Cuarta edición, Santiago, 2011, p.530.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Ginecólogo Obstetra residente Ginecología y Obstetricia, Universidad de Santiago de Chile. Jefe de Salud Sexual y Reproductiva del Hospital San José, área encargada de llevar a cabo los procedimientos conforme a IVE tres causales. También Consejero Regional de Santiago del Tribunal de Ética del Colegio Médico de Chile. Contacto: g.rubiosch@gmail.com.

feto, por lo tanto, cualquier embarazo que se interrumpe antes de las 22 semanas es un aborto. Después de eso se considera un parto prematuro.”¹⁸¹

Preciso también es distinguir en lenguaje médico entre el aborto espontáneo y el inducido o provocado. Señala el médico obstetra Mauricio Besio que “la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal cae dentro de lo que se considera un aborto provocado. Todos los abortos provocados, en razón al objeto mismo del acto, es decir la realización de una acción que tiene por consecuencia la muerte de un ser humano, aparecen constituyendo actos éticamente ilícitos si se les analiza en forma independiente de la intención del ejecutante y de las circunstancias que lo rodean.”¹⁸²

En cuanto a los métodos utilizados para terminar un embarazo, Rubio señala que ellos pueden ser médicos o quirúrgicos. Son médicos cuando se realizan a través del uso de medicamentos y en ese caso el estándar óptimo corresponde al uso conjunto de dos medicamentos: mifepristona y misoprostol¹⁸³. Por su parte, el mecanismo quirúrgico es hasta las 12-14 semanas la Aspiración Endouterina Manual o Eléctrica y, posteriormente, la dilatación y evacuación. Como veremos, en el ámbito penal el aborto presenta un espectro mucho más amplio de acciones, ya que es un delito que puede cometerse por cualquier medio comisivo.

En este contexto, el (mal) llamado aborto terapéutico “es la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la muerte”¹⁸⁴. Bajo este entendido, en el que la motivación de la intervención no es la interrupción del embarazo o la muerte del producto de la concepción, sino la eliminación de la causa del daño a la salud de la mujer, es que se señala que “el aborto terapéutico no existe en Ética Científica, ya que sería una contradicción y, esta acción debería llamarse "interrupción terapéutica del embarazo”¹⁸⁵.

A mayor abundamiento, Besio señala aborto terapéutico como “la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal (23 semanas o menos de 500 g) por razones de salud materna.” Luego añade que “se invocan aquí razones de tipo preventivas y curativas. Serían preventivas en el caso que se considerara que la gestación podría agravar o empeorar el pronóstico de una enfermedad de

¹⁸¹ Información obtenida en entrevista exclusiva para fines de este trabajo.

¹⁸² BESIO R, Mauricio. Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico. *Boletín de la Escuela de Medicina*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 27. N°1 1998.

¹⁸³ OMS. Manual de práctica clínica para un aborto seguro, 2014. [Consulta: 19 de junio 2018], disponible en: apps.who.int/iris/bitstream/10665/134747/1/9789243548715_spa.pdf

¹⁸⁴ VALENZUELA, Carlos Y. Ética científica del aborto terapéutico, ob.cit.

¹⁸⁵ Ídem.

base y curativa cuando se considera que el embarazo está causando un peligro para la vida de la madre. Por ejemplo, en el caso de enfermedades psiquiátricas, se considera preventivo el evitar una descompensación psicótica postparto y curativo el impedir un eventual suicidio en el caso de rechazar la solicitud del aborto.”¹⁸⁶

Según la OMS, respecto de aborto terapéutico, las legislaciones más restrictivas lo autorizan solo cuando la operación es necesaria para salvar la vida de la mujer. Así mismo, señalan que el concepto médico de salvar una vida ha sido usualmente extendido a incluir la preservación de la salud de la mujer, incorporando dentro de aquel la salud mental y psíquica.¹⁸⁷

Sin embargo, el mismo organismo se encarga de señalar ya desde el año 1971, que “la mayoría de los autores señala la imprecisión de conceptos como “evitar un peligro para la vida” y “salud mental y psíquica” y el riesgo consecuencial de que el médico se pueda exponer a una interpretación demasiado extensa de dichos términos. Algunos autores incluso se han referido a la definición misma de salud contenida en el preámbulo de la constitución de la OMS, aunque los artífices de dicha definición difícilmente previeron su aplicación en relación a problemas tales como el aborto.”¹⁸⁸

El aborto terapéutico es entonces una práctica conforme al quehacer médico y en este sentido respaldada por la *lex artis*. Justamente porque la práctica de abortos terapéuticos se encontraba ya justificada en nuestro ordenamiento desde un punto de vista técnico médico, es que durante la tramitación y discusión de la Ley IVE tres causales, algunos sectores se mostraron opuestos a la inclusión de la indicación terapéutica, en cuanto la consideraban innecesaria. Al respecto, Rubio es enfático: la indicación terapéutica contenida en la ley de interrupción voluntaria del embarazo tiene significancia práctica para la ejecución de abortos terapéuticos. “La primera y más importante implicancia, bajo mi punto de vista, es necesitar sin lugar a dudas el *consentimiento* de la mujer para interrumpir el embarazo. Antes se le decía a la mujer ‘tienes una enfermedad y lo vamos a interrumpir’ y se hacía. Ahora se necesita expresamente que la mujer acceda a interrumpir el embarazo. Lo segundo, es que permite que algunas enfermedades donde tengamos que esperar hasta un momento crítico; ahora podemos actuar antes, con el permiso de la mujer, claro.”

¹⁸⁶ BESIO R, Mauricio. Consideraciones éticas, ob.cit.

¹⁸⁷ World Health Organization. *Abortion Laws, a survey of current world legislation*. Geneva, 1971. [Consulta: 19 de junio 2018], disponible en <http://apps.who.int/iris/handle/10665/41924>

¹⁸⁸ Ídem.

El principal problema que plantea en términos prácticos el aborto terapéutico es esa delgada línea entre lo que podría ser eventualmente riesgo de vida y no. Ya que la opinión de los médicos puede variar de caso a caso es difícil poder calificar como objetivos los diagnósticos que puedan ser susceptibles de interrupción de embarazo, todo lo cual será abordado en el punto 5 de este trabajo.

En cuanto a los diferentes modelos utilizados por otros países para una despenalización parcial del aborto, Rubio considera que el óptimo sería una regulación que combine un sistema de plazos e indicaciones, estableciendo un rango temporal de 14 semanas en el que el criterio decisorio sea la voluntad de la mujer embarazada, y de forma posterior a esto pueda excepcionalmente interrumpirse el embarazo según un catálogo cerrado de causales. De esta forma se atendería tanto la autonomía reproductiva de la mujer, en una primera fase, y la protección de la vida del no nacido, cuando éste alcanza un determinado estadio de desarrollo.

Respecto a la relación de la práctica del aborto terapéutico con la mortalidad materna en Chile, el mismo señala que “en la medida que ha disminuido la mortalidad materna por aborto (10%) y producto del desarrollo socio económico aumenta la mortalidad por enfermedades crónicas y mortalidad por muertes indirectas básicamente mujeres que mueren por enfermedades no relacionadas con el embarazo, el aborto terapéutico creo tiene la posibilidad de disminuir esta causa de mortalidad”.

Finalmente, y en cuanto a la incidencia del desarrollo científico para la cuestión, el ginecólogo considera que “en la ley chilena está sujeta a poder hacer diagnósticos más finos, y el pronóstico de sobrevida que se puede dar por ejemplo algunas cardiopatías tienen una sobrevida según literatura del 40% pero eso es con condiciones ideales en Estados Unidos, en Chile entiendo que la sobrevida no supera el 15% y con graves secuelas neurológicas entonces hay médicos que dan posibilidades de sobrevida con una expectativa sobredimensionada”.

4.2 Aborto terapéutico en el lenguaje jurídico

En el ámbito jurídico, la discusión no es pacífica y existen varios factores a considerar al momento de evaluar una definición. El aborto terapéutico es, en los términos de Garrido Montt, “aquel realizado con el consentimiento de la mujer, de acuerdo a los principios médicos, cuando aparece necesario para

mantener su vida que por su embarazo está en peligro, y que algunos extienden también a la conservación de la salud psíquica o física.”¹⁸⁹

Maurach Reinhart señala en términos generales que la justificación consagrada en la ley y en el derecho consuetudinario para la interrupción de un embarazo, en los casos en que éste sea necesario para evitar un serio peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada y en lo que ella consiente, se trata de un principio que ha conllevado dificultades en su delimitación¹⁹⁰.

En Chile la legislación inicial que permitía el aborto estableció que “solo con fines terapéuticos podrá interrumpirse un aborto”, lo cual nos reconduce a preguntarnos qué es lo que debiese entenderse por fines terapéuticos.

Etcheberry conceptualiza de forma muy restringida que los fines terapéuticos que justifican el aborto son la intervención para salvar la vida de la madre a costa de la vida del feto, con los requisitos de realidad o peligro inminente de la muerte de la mujer y que no exista otro medio practicable o menos perjudicial para evitarla¹⁹¹.

Así, precisamente las controversias que se suscitaron durante el tercer periodo de regulación del aborto en Chile fueron sobre definir el alcance de los fines terapéuticos, además de preguntarse si el bien jurídico protegido por la causal es solo la vida o también la salud de la mujer embarazada, en consonancia en ese sentido con las discusiones en la práctica médica. De ser tanto la vida como la salud de la mujer, implicó cuestionarse a su vez qué tipo de daños a la salud de la mujer entrarían dentro de dicho alcance.

Politoff, Grisolia y Bustos señalan que no es correcto que los fines del aborto contemplado -en el ese entonces- artículo 119 del Código Sanitario se extiendan a la prevención de “cualquiera merma en la salud de la mujer embarazada. Fijar el límite es extremadamente difícil, ya que el concepto de salud admite una muy extensa gradación, cuantitativa y cualitativa, cuyo límite máximo es su ausencia total y, en el mínimo, pueden computarse la simple jaqueca y hasta la alteración de nervios que produce la más banal contrariedad”¹⁹²

¹⁸⁹ GARRIDO M, Mario. Derecho penal. Parte especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile. *Santiago*, 2002. p.118.

¹⁹⁰ MAURACH. DStr., B.T., p.59 en POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p. 226.

¹⁹¹ ETCHEBERRY, D.P., III, p.103; SCHEPELER RAVEAU, p.45. LABATUT, en cambio, extiende el aborto terapéutico al realizado para evitar a la mujer “un grave daño en la salud” (p.230) En: POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p.227.

¹⁹² POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p.234

Por ende, los autores antes mencionados señalan que “lo razonable es estarse al criterio general de que la vida y todo peligro grave para la salud, en sentido médico constituye un fin terapéutico que, supuesta las demás condiciones exigidas por el código sanitario que justifican el aborto”¹⁹³. Re conducen entonces la materia a la ética médica, lo cual como veremos más adelante, puede ser complejo ante la inexistencia material de una *lex artis* que sustantivamente pueda definir el alcance de una causal terapéutica de interrupción del embarazo.

Es también en este concepto relevante referirse a peligro grave, sobre lo cual Politoff, Grisola y Bustos marcan como límite la entidad del peligro que debe hacer primar el deber del médico de amparar la vida de la mujer por sobre la del feto.¹⁹⁴

Un criterio disonante con lo último es planteado por el penalista Francisco Martínez Conde, que señala que en la causal de aborto terapéutico establecida en España¹⁹⁵ la *necesidad* del aborto debe medirse en función de las circunstancias del caso concreto, no en abstracto. Así, es posible que una determinada enfermedad no haga recomendable el aborto en una mujer joven, pero si en una mayor de 40 años”¹⁹⁶. Agrega también que el criterio de medición debe darse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta, y se niega por otro lado a desarrollar un catálogo de enfermedades que autorice la indicación, sin perjuicio de que menciona las más comunes¹⁹⁷.

Respecto de las diferencias que se generan respecto al abordaje de la definición en lenguaje médico y jurídico, una diferencia relevante son los momentos en que se configura el aborto; en lenguaje médico antes de las 22 semanas de gestación, al no existir desarrollo del sistema respiratorio del feto, existe un aborto. Luego de tal hito se denomina parto prematuro, diferencia sustancial con el lenguaje jurídico toda vez que, como ya mencionamos, en nuestro ámbito el aborto abarca hasta el momento en que el *nasciturus* se transforma en persona (momento desde el cual el delito que se configuraría sería el de

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ “Un peligro, que no fuera grave no puede entenderse suficiente para que la justificante opere. En efecto, además de constituir un valor jurídico, la vida del feto constituye también un objeto del deber de la profesión médica; un conflicto de deberes sólo puede inclinarse por el fin terapéutico respecto de la madre si el riesgo para ésta es de mucha entidad. Un daño de escasa consideración que amenace a la mujer no podría primar sobre el deber médico de amparar la vida del feto sin que el sistema entrara en contradicción consigo mismo” En cita al pie n°99 de: POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p.234.

¹⁹⁵ “Que sea necesario para evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso” En: MUÑOZ C, Francisco. Derecho penal parte especial. Decimoquinta edición, revisada y puesta al día. Trant le Blanch, Valencia, 2004. p. 89

¹⁹⁶ MUÑOZ C, Francisco. Derecho penal parte especial, ob.cit. p.94

¹⁹⁷ Ídem, p.95.

infanticidio), lo que ocurre con la cesura del parto. Es decir, en términos jurídicos podemos encontrarnos con abortos posteriores a las 22 semanas, lo que en términos médicos es imposible.

Otra importante diferencia se observa en que en el lenguaje médico un aborto puede ser espontáneo o inducido, ubicándose así la interrupción voluntaria del embarazo dentro del tipo de abortos inducidos. En el ámbito jurídico, en cambio, el aborto es siempre el resultado de una acción humana. Esto ha sido usado como argumento por cierta doctrina¹⁹⁸ para distinguir entre aquellos abortos que se producen por una acción que tiene tal objeto de aquellos producidos ‘colateralmente’, mediante una acción que tenía un fin diverso al de producir la muerte del feto.

¹⁹⁸ La doctrina o principio del doble efecto tiene su origen en la psicología filosófica, la ética y la teoría de la acción de Tomas de Aquino y que establece, en términos generales, que un efecto malo, que jamás puede ser lícitamente procurado como fin o como medio, podría en algunos casos aceptarse justificadamente cuando es solo el efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para conseguir un efecto bueno de importancia proporcionada. Con ella, distinguen en la discusión sobre aborto entre aborto directo e indirecto, respaldando entonces la permisón o justificación moral del aborto en el último caso, es decir, cuando la muerte del no nacido se sigue solo como un efecto colateral (no intencional) de una acción abortivo necesaria para salvar la vida de la madre.

5. Problema dogmático

Las indicaciones contenidas en la Ley IVE tienen por objeto expreso *autorizar* la interrupción voluntaria del embarazo en los casos a que ellas aluden. El efecto práctico de las indicaciones es así, indiscutiblemente, eliminar la punibilidad de la acción en tales casos. Dada la estructura compleja de todo delito, vale preguntarse cómo es que las indicaciones logran ese objetivo. Es decir, en cuál de los elementos que componen el concepto de delito (como resultado punible) actúan.

Si bien la pregunta puede parecer inicialmente estéril, en el sentido de que no tiene más objeto que satisfacer la pretensión ordenadora en torno a la teoría del delito, lo cierto es que tiene importantes consecuencias prácticas y teóricas para el fenómeno del aborto, tanto dentro como fuera de estas tres hipótesis.

5.1 ¿Exculpación o justificación?

En términos generales podemos señalar que acorde a una concepción mayoritariamente aceptada del delito, se entiende que aquél se compone de tres elementos: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. A esto algunos refieren como la “estructura tripartita” del delito. En ella, se puede distinguir el injusto, dado por los juicios de tipicidad y de antijuridicidad, y la culpabilidad, que se verifica en el juicio de culpabilidad. La confirmación de todos estos elementos (o el juicio afirmativo de cada uno de ellos, si se quiere) dan así lugar al delito.

Esta comprensión es la que logró imponer la escuela clásica por oposición a los tradicionalistas, quienes reconstruían una estructura en torno a la unidad del delito a su vez heredada de la concepción unitaria de la justificación de la pena.¹⁹⁹ Desde entonces se han alzado diferentes críticas – y en varias ocasiones se ha intentado derribar el paradigma de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad como indicio uno del otro – pero lo cierto es que la reconstrucción ‘tripartita’ del delito sigue siendo el lugar más común en torno al delito.

¹⁹⁹ Una sintética descripción de dicha posición, así como también de sus detractores en WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. pp.106-126

En este sentido, determinar que una conducta no merece sanción penal puede obtenerse a través de varias fórmulas: desestimando el juicio de culpabilidad - mediando alguna razón para exculpar la acción, eliminaríamos la pena - o desestimando la concurrencia de los elementos que dan lugar al injusto – la tipicidad o la antijuridicidad de la acción de que se trata.

Exclusión de la culpabilidad

En la línea antes mencionada, una primera forma de obtener la impunidad de una conducta podría lograrse través de la exculpación. En estos casos el injusto se realiza, pero por determinadas circunstancias particulares en las que se desenvuelve, previstas en el ordenamiento, se considera que su realización no es merecedora de pena. Así es que el ordenamiento sigue haciendo un juicio valorativo negativo respecto de la conducta, pero prescinde de la imposición de la sanción, perdonando excepcionalmente a quien la ejecuta.

Esquivando el complejo entramado analítico que ha suscitado el concepto de culpabilidad en la dogmática penal -y que hasta el día de hoy experimenta evoluciones-, podemos afirmar en términos generales que el juicio de culpabilidad descansa en un “juicio de reproche” que implica, por un lado, la capacidad comprender la ilicitud del acto, y por otro, la capacidad de auto determinarse de acuerdo con esa comprensión²⁰⁰. A contrario sensu, no será culpable quien, considerando circunstancias concretas en que realiza el injusto, le es imposible decidirse a actuar conforme a derecho.

Las causales que permiten exculpar un injusto pueden ir en orden a constituir un error de prohibición, un estado de necesidad que excluya la culpabilidad, o la inimputabilidad. Cualquiera de ellas sea, importante es distinguir las de las causales de justificación. Sin perjuicio de que estas últimas serán tratadas a continuación, una clara distinción es la que parafrasea Hruschka²⁰¹ al connotado discípulo de Kant;

“«Justificación» significa para Gentz que un hecho que prima facie se presenta como antijurídico deja de serlo después de un ulterior análisis. «Ausencia de justificación» significa que el hecho que después de un primer análisis es antijurídico, sigue siéndolo cuando se examina más detenidamente. Por el contrario, la «exculpación» presupone la comprobación de la previa

²⁰⁰ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho penal parte general. Tomo II Editorial Jurídica. Santiago, 2009. p.971.

²⁰¹ HRUSCHKA, Joachim. Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2004, vol. 57, no 1, p. 5-18.

contrariedad a Derecho del hecho, incluyendo su ausencia de justificación. La exculpación tiene lugar cuando se disculpa al autor, cuando se le perdona. Esto último no afirma que el hecho disculpado estuviera «permitido» o «autorizado». Pues si todo permiso o autorización comportara la justificación, esta sería, como Gentz expresa, una regla perteneciente al «sistema del Derecho». Sin embargo, una regla en virtud de la cual se perdona a alguien se halla, como afirma Gentz, por principio fuera de ese sistema.”

Dicho esto, a nuestro juicio existen variadas razones para señalar que la autorización contenida en la causal de aborto terapéutico no constituye una causal de exculpación.

En primer lugar, porque, como bien analizaba Hruschka, si estamos ante una causal de exculpación, lo que existe es una *disculpa*, no una autorización o permiso para realizar la conducta. El artículo 119 es claro en su encabezado: “Mediando la voluntad de la mujer, se *autoriza* la interrupción de su embarazo (...)”. Es decir, la norma está autorizando la conducta en ciertos casos, no disculpándola.

A contrario sensu estamos ante una causal de justificación que autoriza a realizar la acción, lo que implica que no se cumple el injusto. No verificándose el injusto mal puede hacerse un juicio de culpabilidad a su respecto.

Por otro lado, que la ley IVE regule -como señala su encabezado- la despenalización del aborto, debiera entonces relevar de cualquier condición valorativa negativa la interrupción del embarazo en las causales que norma. Si su encabezado, así como la lata discusión dentro del Congreso y organismos jurisdiccionales, no fue en vano, precisamente no podría concluirse que la acción de causar un aborto, mediando los requisitos establecidos en la ley, se trate de una acción que sigue encontrándose *prohibida*.

Por lo demás, sin perjuicio de que pueden distinguirse diferentes niveles de intensidad en una norma permisiva, como veremos más adelante, existiendo una regulación de la conducta, no puede sino tratarse de una permisión en el sentido fuerte²⁰².

Aun cuando la cuestión tiene otros ribetes que sí admitirán una discusión, indudable es que el objetivo de la ley fue quitarle la valoración socialmente negativa que conlleva la criminalización sin excepciones de la interrupción voluntaria del embarazo. En ese sentido, el Mensaje mediante el cual el Ejecutivo presentó el proyecto -hoy Ley IVE- señaló que “los hechos han demostrado que la

²⁰² MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas, ob.cit. p. 506.

prohibición absoluta y la criminalización de toda forma de interrupción del embarazo no han impedido ni impiden su práctica en condiciones de riesgo para la vida y salud de las mujeres, y, por el contrario, se traducen en una vulneración de sus derechos. Esto representa un *problema social del cual debe hacerse cargo cabalmente el Estado* (énfasis añadido). En efecto, un Estado que respeta los derechos humanos no puede sentirse orgulloso ni satisfecho de amenazar con pena privativa de libertad a aquellas mujeres que se encuentran en esta disyuntiva”.²⁰³ En ese contexto valorativo, despenalizar no puede significar sino una eliminación de la acción como una injusta en tanto se busca, expresamente, eliminar la concepción valorativa negativa que se tiene de realizar un aborto en las causales hoy contenidas en la ley. En otras palabras, no es lo mismo decir que se cometió un aborto *ilegal*, pero que por determinado motivo (como la autorización contenida en la Ley IVE) no merece pena, a decir que no se ha realizado delito alguno.

Solo a mayor abundamiento, y en relación al espíritu del legislador en la incorporación de la indicación, la ley IVE no menciona la intencionalidad como criterio al momento de autorizar un aborto. Así, la interrupción del embarazo bajo esta ley amparada no configura el injusto porque cumple los requisitos contemplados en la ley, y no por consideraciones relativas a la intencionalidad del facultativo y el equipo médico. Justamente lo que pretende la norma es reconocer grupos de casos en que una mujer *podrá* interrumpir su embarazo.

Causas de justificación

Como es sabido, la conducta típica y culpable requiere, para ser delito, de la antijuridicidad. Desde un punto de vista formal, la antijuridicidad es la contravención de una prohibición o mandato legal, y desde un punto de vista material, ella plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva²⁰⁴.

El juicio de antijuridicidad dice relación con la contradicción o negación del ordenamiento jurídico. El agente realiza una conducta típica y con ello un comportamiento antinormativo. El comportamiento antinormativo²⁰⁵ sería indiciario de su antijuridicidad (y así también del injusto), mas no constituye el

²⁰³ Mensaje contenido en Boletín N°9895-11.

²⁰⁴ Roxin (1997), p. 558, en OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación. Revista chilena de derecho, 2012, vol. 39, no 2, p. 325-369.

²⁰⁵ La antinormatividad también es referida como antijuridicidad formal. Este concepto fue acuñado por von Liszt, para quien “el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.” Así, la antijuridicidad formal se opondría a la antijuridicidad material, vendría dada por la contravención a los fines del ordenamiento jurídico que regula la vida en sociedad. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, traducción de la 18a edición alemana por Quintiliano Sandaña, Madrid, 1929, Tomo II, pp. 330 y 331.

injusto en sí. El ordenamiento mismo contempla situaciones en las cuales la realización de un comportamiento típico no se considera antijurídico. Esas situaciones corresponden a las “normas de justificación”: normas permisivas de comportamiento a través de las cuales “se trata de legitimar hechos por regla general prohibidos bajo una sanción penal”²⁰⁶.

En este sentido las causas de justificaciones constituyen normas permisivas en cuanto redefinen el estatus deóntico de un determinado comportamiento²⁰⁷. Las implicancias de esta afirmación las abordaremos en detalle más adelante. Por lo pronto, basta considerar que ellas actúan como una permisión; “la concepción normativa mayoritaria estima que cuando concurre una causa de justificación estamos frente a una autorización que, sin derogar la prohibición general, pero superponiéndose a esta, permite la realización de la conducta prohibida en el caso concreto.”²⁰⁸ En efecto, ellas se estructuran a partir de la concurrencia de una situación justificante (tipo permisivo) con el efecto de excluir la ilicitud de la acción²⁰⁹. Por eso, ellas se dejan definir como “son situaciones reconocidas por el derecho, en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida o, incluso, exigida, y es, por consiguiente, lícita”²¹⁰.

El *fundamento* subyacente a las causales de justificación es controvertido²¹¹ y se relaciona a su vez con las sistematizaciones particulares de las causales de justificación en un ordenamiento jurídico determinado y las consideraciones político-criminales que lo permeen.

En primer lugar, pueden distinguirse aquellos que consideran que no existe un sustrato común al que reconduzcan todas las causas de justificación²¹². Contrariamente, están quienes identifican elementos comunes a las diferentes justificaciones. Dentro de este grupo pueden distinguirse, por una parte, aquellos que sostienen teorías *unitarias o monistas*, para quienes la base común tiene un carácter individual – sea un principio informador de carácter general o abstracto como “lo que es más útil que dañoso” (W. Sauer), “la colisión de intereses” (A. Merkel) o “la correcta regulación social de los intereses y de los contra intereses” (Roxin). Por otra, están quienes sostienen teorías *dualistas o*

²⁰⁶ OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit.

²⁰⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. Bases para una teoría comparativa del hecho punible. Rev. Jur. UPR, 2006, vol. 75, p. 597

²⁰⁸ OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit. p.139.

²⁰⁹ BASCUÑAN, R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit.

²¹⁰ CURY, Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. P. 363

²¹¹ Al respecto ver CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal. Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1983.

²¹² Así JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Ewa; OLMEDO CARDENETE, Miguel. Tratado de derecho penal: parte general. 2003, pp. 349. “Según estos autores en cuanto a la fundamentación de las causas de justificación es necesario atender a la concepción material de la antijuricidad, puesto que la justificación conlleva la tolerancia de un comportamiento que implica la colisión con una norma de carácter prohibitiva.” SÁNCHEZ GALLEGO, José Félix. El error sobre las causas de exculpación en España y Panamá. 2017, p. 36.

pluralistas, en tanto consideran el fundamento común es de índole plural, relativo a diferentes criterios materiales como son el principio de la ponderación de intereses y el fin perseguido por el agente.²¹³

La *fuerza* de las causas de justificación es el orden jurídico en su conjunto y esto emana de la idea de la unidad de la antijuridicidad; una conducta no puede ser contraria a derecho y al mismo tiempo ajustada a derecho. En este sentido, la unidad del orden jurídico torna a las justificantes en un número *apertus*²¹⁴, y en este sentido no se encuentran solo necesariamente en la ley penal. Pese a ello, es habitual que se consagren figuras que operan como cláusulas generales de justificación (por ejemplo, el ejercicio legítimo de un derecho, en nuestro ordenamiento, en el art. 10 N°10). En la actualidad, ellas también se encuentran generalmente indicadas en la parte general de los códigos penales, así también entre nosotros, lo que otorga generalidad a su aplicación.²¹⁵

La verificación de una causal de justificación implica la exclusión de la antijuridicidad. En este sentido, en palabras de Ossandón, “[l]a concurrencia de una de estas causales de justificación implica que la conducta se encuentra permitida o, incluso, exigida, y pasa a ser lícita. Se trata de un juicio de valor, en que la ocurrencia de ciertos supuestos fácticos hace que el Ordenamiento Jurídico considere lícita la ejecución de una conducta típica.”²¹⁶ Por ello, su verificación tiene como *efecto*²¹⁷: (1) quien comete la conducta justificada no comete una conducta punible; mal puede predicarse la culpabilidad respecto de una conducta que no es antijurídica. Podría entenderse que la conducta sería conforme a derecho y por ello no genera ningún tipo de responsabilidad²¹⁸ -aunque esto puede ser discutible; (2) exención de responsabilidad de los demás partícipes que intervienen en la conducta típica justificada, sea como inductores o cómplices; y (3) exclusión de la posibilidad de invocar una causa de justificación ante quien actúa amparado por una justificación, o, en otras palabras, la imposibilidad de rechazar o impedir legítimamente la acción justificada.

Ahora bien, es preciso señalar que hay quienes parecen considerar que no todas las causas de justificación producen en mismo efecto. Así, por ejemplo, Mir Puig señala: “Aquí entiendo por tal [causa de justificación] no toda causa de exclusión de la anti normatividad, sino solo aquella situación en que deja de ser objetivamente indeseable para el Derecho la lesión o puesta en peligro del bien

²¹³ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. ob.cit, p. 827

²¹⁴ Schönke, Schröder, Lenckner, Strafgesetzbuch, En VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. ob.cit, p.828.

²¹⁵ Ídem, p.829.

²¹⁶ OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit. p.326.

²¹⁷ En la doctrina uniformemente se señalan estos efectos, además del relativo al especial tratamiento del error sobre la eventual concurrencia de la justificación.

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 378.

jurídico”, excluyendo así de su concepto los casos en que solo se excluye el desvalor personal (hombre ideal como baremo de intersubjetividad) de la conducta del autor²¹⁹. En otras palabras (y sentido) pero en un espíritu similar, Ossandón advierte que “hay ciertas situaciones en que la distinción entre causas de justificación y de exculpación parece no ser suficiente, al menos en su sentido y con sus consecuencias tradicionales. Puede que el hecho típico no llegue a estar justificado, pero se presente una situación de conflicto de intereses que haga disminuir el contenido del injusto hasta el punto de hacerlo insuficiente para merecer ser sancionado o, incluso, prohibido penalmente. Esto tendría lugar en situaciones excepcionales de necesidad, en las que quienes plantean esta posibilidad consideran que no podría afirmarse que la conducta sea conforme a Derecho, pero que el Derecho penal tampoco podría considerarla prohibida”²²⁰. Estas valdrían como acciones “no conformes a Derecho, pero no prohibidas”²²¹.

Aunque existen diversas teorías y argumentos, para todos ellos vale señalar que estas construcciones presentan algunos problemas: ¿qué tipos de situaciones excepcionales configurarían esta categoría intermedia? ¿bajo qué circunstancias se admitiría considerarlas no prohibidas ni permitidas? ¿cuál sería el sustento normativo de tal categoría? ¿qué posición sistemática dentro de la reconstrucción dogmática tiene? Finalmente, considerando que existiera la norma que lo contuviese, si no se trata de una prohibición ni de un permiso, ¿cuál sería su estatus deóntico?

La única solución en este sentido aceptable es aquella que considera la configuración de espacios libres de derecho en relación a conductas “jurídicamente neutrales” o “indiferentes”, pero ellas no constituyen una categoría diferente sino las causales de justificación mismas.

Un segundo problema, a nuestro parecer, emana de la supuesta “valoración positiva” por el ordenamiento jurídico que Ossandón atribuye a las causas de justificación²²². Una primera cuestión es dilucidar a qué pretendió referir la autora. En segundo lugar, esa ‘valoración positiva’ (cualquiera que sea) requeriría de un fundamento, el que tampoco parece claro. En cualquier caso, y como señala Wilenmann²²³, para decir que la justificación tiene una peor valoración que la acción atípica, la

²¹⁹ PUIG, Santiago. Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1994, vol. 47, no 1, p. 6.

²²⁰ OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit. p.326.

²²¹ Binding, Handbuch des Strafrechts (1881), 1995, p. 765, cit. por Robles (2010) p. 465., En OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit. p.326.

²²² Ídem, p.329.

²²³ WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. p.147.

afirmación no puede provenir de la prohibición misma establecida por la norma²²⁴. De la misma forma, no porque una causal de justificación permita algo primitivamente prohibido ello implica que el derecho penal le asigna una valoración positiva.

5.2 Ubicación sistemática de la justificación

Establecido que la indicación terapéutica para la interrupción voluntaria del embarazo es una causal de justificación para el delito de aborto, resta esclarecer ante qué tipo de causal de justificación es que nos encontramos.

El asunto es de suyo controvertido considerando que la situación previa a la promulgación de la ley IVE tampoco era un tema pacífico, así como tampoco lo era la naturaleza de la causal de justificación que amparaba al aborto terapéutico antes de la modificación al art. 119 introducida en 1989.

En este contexto, las diferentes hipótesis son clasificables en torno a la naturaleza o fundamento de la causal de justificación que se arguye se trataría. Así, algunos consideran que estaríamos ante una *construcción suprallegal*, que no requiere (mas desde luego se ve fortalecida por) un reconocimiento expreso de la causal de justificación. Otros arguyen que se trataría de una *aplicación de alguna de las causas generales de justificación* que reconoce nuestro ordenamiento jurídico penal. Acá agrupamos a los defensores de la justificación por legítimo ejercicio de una profesión, oficio o cargo – doctrina aparentemente mayoritaria, al menos antes de la aprobación de la Ley IVE –, así como a quienes sostienen que la justificación emana del estado de necesidad de la mujer embarazada, las justificaciones en virtud de la legítima defensa, por el ejercicio de un derecho y por el cumplimiento de un deber. Finalmente, la justificación del aborto terapéutico puede constituir una *causal específicamente consagrada o sui generis* para el delito de aborto. A continuación, analizaremos cada una de estas posibilidades.

5.2.1 Causa de justificación suprallegal – estado de necesidad defensivo

El *estado de necesidad* refiere a la generalidad de situaciones en que es necesario sacrificar un bien jurídico para salvar otro bien jurídico que se encuentra en peligro²²⁵. La doctrina ha distinguido, por

²²⁴ Esto refiere a que no es posible señalar que un comportamiento justificado se encuentra conceptualmente peor valorado que un comportamiento atípico bajo la sola referencia a la prohibición del comportamiento luego justificado; la única diferencia entre uno y otro es que un comportamiento atípico no tiene valoración penal mientras que uno justificado implica una valoración de permisión (en sentido fuerte) la que solo tiene sentido bajo una norma prohibitiva.

una parte, entre estado de necesidad justificante y exculpante²²⁶ y por otra, entre estado de necesidad agresivo y defensivo²²⁷.

La primera distinción alude al efecto de la acción de necesidad: la acción de necesidad genera un daño o lesión a un bien jurídico que no sería antijurídica en el primer caso, o generaría una lesión antijurídica pero exculpada en el segundo. Esta distinción ha sido vinculada en su fundamentación a una comparación necesaria entre los intereses salvaguardados y los sacrificados.

La segunda distinción refiere a la relación entre la fuente del peligro que motiva la acción de necesidad y la víctima de ella: en el estado de *necesidad defensivo* el peligro tiene un grado de vinculación con la víctima, sin serle imputable, mientras que en el estado de *necesidad agresivo* es ajeno a la víctima. De la vinculación o ajenidad de la víctima con el peligro surgiría un mayor o menor deber de tolerancia respectivamente y así el baremo de la justificación en el primer caso es menos estricto que en el segundo. Desde luego, en torno a ello existen arduas controversias; la vinculación (qué vinculación) no es un término descriptivo y requiere ser dotado de contenido. Además, para algunos es dudoso que la mera vinculación fáctica (no normativa) baste²²⁸, considerando que impondría un deber de tolerancia intensificado.

Como señalamos, adherimos a la idea de que “una causa de justificación no afecta en nada la tipicidad de la conducta, pero sí excluye la antijuridicidad, su contradicción con el Derecho”²²⁹. Respecto a la ponderación de intereses y su resolución a favor del interés preponderante, Roxin señala que “una causa de justificación presupone que dos intereses que colisionan entre ellos de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse. Luego, es la tarea de las causas de justificación, emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto”²³⁰. Termina afirmando entonces que “debido a la

²²⁵ Las ideas de colisión de bienes jurídicos y de sacrificio se encuentran en la generalidad de las definiciones de estado de necesidad. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Tirant lo blanch, 2004, p. 230.

²²⁶ Esta distinción tiene su origen en la teoría o doctrina de la diferenciación. Al respecto, WILENMANN, Javier. El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno: Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. Revista de derecho (Valdivia), 2014, vol. 27, no 1, nota al pie número 4.

²²⁷ Esta distinción tiene su origen en el derecho civil alemán. Para más detalle ver ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo. Artículo 10 ns 7 y 11 del Código penal. Algunos criterios de delimitación. Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, Santiago: Legal Publishing, 2013, pp. 698 y ss.

²²⁸ Ello así expuesto en COCA VILA, Ivó. Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo. *Revista para el análisis del derecho. Indret*, 2011, vol. 1, p. 20.

²²⁹ ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal. *Ariel Barcelona*, 1989, p.37.

²³⁰ ROXIN, Claus. Dogmática Penal y Política Criminal. Lima, Perú. Idemsa. 1996. p. 88

pluriformidad y a los cambios de la vida social, no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos, ni una sistematización cerrada y concluyente de las causales de justificación”²³¹.

Ahora bien, la construcción dogmática de una causa de justificación supralegal importa “otorgar eficacia justificante a situaciones que el legislador no ha contemplado de manera expresa al elaborar el catálogo respectivo”²³², y ella se estructura en torno al estado de necesidad defensivo en que se encontraría la mujer embarazada. Su rendimiento justificante en general se fundamenta en la unidad del ordenamiento jurídico y en la imposibilidad de que el legislador regule todas las hipótesis en que una conducta típica es permitida²³³. Este argumento tuvo relevancia en nuestro país frente a la inexistencia de indicaciones que excepcionaran la punibilidad general del aborto. En ese entonces, además, el estado de necesidad defensivo solo se reconocía como una causa de justificación amparada negativamente.

Antonio Bascañán²³⁴ sostuvo que era posible reconocer una justificación para la mujer respecto del aborto terapéutico, en base al derecho de igualdad ante la ley reconocido por nuestra Constitución. En su opinión, es indubitado que la Constitución Política establece un constreñimiento deontológico a la ponderación de la mujer (como ejercicio de su autonomía) a favor del feto, lo que importa la imposición a ella del deber de tolerar el embarazo. Sin embargo, el autor reconoce en ello un determinado grado de afectación, cuyo traspaso podría hacer ceder tal deber, recuperando entonces la mujer su capacidad de ponderación.

Siguiendo su planteamiento, las situaciones en las que la presencia del feto genere un peligro letal para la mujer se encontrarían cubiertas por el art. 19 N°2 de la Constitución en tanto nadie está obligado a tolerar “el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente de peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente”²³⁵. En efecto, y dado que la legítima defensa es excluida por la incapacidad del feto de agredir, se constituye un caso de *estado de necesidad defensivo* en tanto, aunque no hay una agresión ilegítima, el afectado por la reacción defensiva no es ajeno a la creación del peligro²³⁶.

²³¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General, Tomo I. Madrid, España. Civitas 1997, p. 575.

²³² CURY, Enrique. Derecho Penal PG, ob. cit., p. 368. En detalle, ver FONTECILLA RIQUELME, Rafael. Los problemas jurídicos de las causas supraleales en materia penal. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1963, vol. 3, no 3.

²³³ CURY, Enrique. Derecho Penal PG, ob. cit., p. 368.

²³⁴ BASCUÑAN. R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p.74

²³⁵ Idem.

²³⁶ Idem.

La procedencia de estados de necesidad justificantes con anclaje supralegal es una cuestión discutida a nivel comparado, pero los autores parecen tender aceptarlo por tratarse de una construcción con base en la analogía a la legítima defensa y al estado de necesidad agresivo, así como fundarse en los propios principios generales del derecho.

Por otra parte, es posible advertir que esto podría pugnar con el principio de legalidad que atañe al derecho penal, pero lo cierto es que el principio de legalidad se constituye como una garantía para las personas frente al poder punitivo del Estado, y en el caso de las causas de justificación, éstas justamente obtienen una reacción de impunidad de la acción para quien se ve por ella beneficiada²³⁷.

Nos parece que es plausible, bajo dichas consideraciones, constatar la situación material que constituye el estado de necesidad defensivo justificante en favor de la mujer embarazada. Además, en el caso de riesgo inminente para la vida de la madre es posible también constatar que una construcción de este tipo tendría efectivamente un rendimiento justificante ya que la acción defensiva (que sacrifica la vida del feto) evitaría un mal igual al que se evitaría con la acción defensiva (que salvaguarda la vida de la madre).

Por ello y en un contexto de absoluto desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de límites al deber de tolerancia del embarazo, la construcción de la justificación supra legal es un esfuerzo loable. Pese a ello, el postulado deja abierta la cuestión de la ponderación de intereses que el estado de necesidad defensivo impone, vale decir, aquellos criterios y formas de asignar un peso relativo a los bienes jurídicos que estarían en juego.

Por lo demás, hoy el sustento normativo del argumento es en cierto sentido débil, y solo sería relevante en tanto se le considere el fundamento material de la justificación por indicación terapéutica, ahora consagrada explícitamente. Pese a ello, y dado que, como veremos, la indicación terapéutica que ahora contiene nuestro ordenamiento se restringe exclusivamente a la vida de la mujer, una posibilidad sería, en base a este mismo razonamiento, construir una justificación para los abortos que se practicasen con motivo de riesgo para la integridad física de la mujer, habida consideración de la relevancia que se le atribuye a la integridad física como bien jurídico. Este caso se encontraría justificado en tanto “estaría abarcada por el estándar de ponderación propuesto para el estado de necesidad defensivo, siempre que el menoscabo a la integridad física evitado con la acción defensiva sea de tal entidad que no sea

²³⁷ PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 9º edición. Barcelona, 2011. Editorial Reppertor. p. 116

sustancialmente menor al bien jurídico – vida, circunstancia que deberá valorar el juez al momento de la adjudicación.”²³⁸ La misma trayectoria argumentativa queda abierta a intentarse en torno al reconocimiento pleno de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer.

5.2.2 Causas generales de justificación

5.2.2.1 Ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo

Esta causa de justificación reconocida por nuestro ordenamiento en el Art. 10 N°10 corresponde a dos justificaciones generalmente reconocidas en la doctrina: el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo y el ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo. Aunque parezca que la segunda fuera una mera especificación de la primera, como nota Ossandón²³⁹, ellas difieren en cuanto el fundamento de la primera son derechos, lo que requieren tener su fuente en el ordenamiento jurídico, mientras que en el segundo caso se trata de deberes en los que no ejercerlos puede conllevar una sanción, la que además no siempre tendrá una fuente en la ley ya que puede emanar de un contrato o de reglas de corte consuetudinario.

El ejercicio legítimo de un *derecho* justifica a quien actúa ejerciendo un derecho que le ha conferido el ordenamiento jurídico mismo. En tiempos anteriores a la promulgación de la Ley IVE se afirmaba que una justificación de este tipo no era aplicable en relación al delito de aborto por cuanto “no exist[ía] ninguna norma que confiera de modo expreso o tácito, la facultad de abortar”²⁴⁰. Efectivamente, antes de la regulación que hoy rige en nuestro país, no existía un derecho a abortar. Es parte de los propósitos de esta tesis determinar si dicha afirmación se mantiene hoy.

Por otra parte, el ejercicio legítimo de *una autoridad, oficio o cargo* se esgrimió como la justificante antes de la regulación del aborto terapéutico en el Código Sanitario introducida en 1931, cuando “se apelaba a la *lex artis* médica no escrita para configurar en ese evento la justificante del ejercicio legítimo de un oficio, contemplada de modo genérico en art. 10 N°10 CP”²⁴¹. Si bien no fue la opinión mayoritaria algunos aún la consideraban²⁴², lo que implicaba, por un lado, que la causal solo podía ser

²³⁸ SEGALL, David. Estado de necesidad defensivo y aborto. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013. p. 116.

²³⁹ OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit. p. 332.

²⁴⁰ Ídem, p. 331.

²⁴¹ Ídem, p. 332.

²⁴² POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal, ob.cit. p. 249.

invocada por un médico, y, por el otro, que ella no quedaba sujeta al juicio de ponderación que imponen las acciones de necesidad.

Este argumento es débil porque en ese entonces (así como tampoco ahora), la *lex artis* no puede contar como una causal de justificación en tanto no tiene en rango jerárquico suficiente como para hacerlo, ejerciendo una argumentación circular quienes la defienden²⁴³. Ello sin dejar de mencionar que la *lex artis* no sigue un criterio uniforme, de modo que el límite entre la punibilidad y la impunidad se encuentra dado únicamente por un criterio de *uso normativo*, que no satisface los criterios de seguridad jurídica²⁴⁴. En efecto, la *lex artis* es de difícil prueba, y eso ocurre aun en el caso en que hipotéticamente existiera una interpretación u opinión uniforme respecto de qué se debe hacer ante un determinado caso. Esto se relaciona con el ya mencionado problema de la inexistencia material de la *lex artis* médica, que no satisface los criterios de legalidad que rigen en el ordenamiento penal.

Posteriormente, como ya señalamos, en 1989 se modificó el artículo 119, tras lo cual se sostuvo la punibilidad absoluta del aborto. Durante este tiempo, en un esfuerzo humanizar la legislación, la doctrina sostuvo ampliamente²⁴⁵ fórmulas de aborto terapéutico impune (como son la atipicidad o la justificación del aborto terapéutico) echando mano del ejercicio legítimo de la profesión, la que se encontraría cubierta por la *lex artis*.

Dichas posiciones han sido criticadas, en primer lugar, porque no se alude al real fundamento de la no constitución del injusto, el cual, en opinión de Bascuñán, sería la concurrencia del consentimiento del ofendido²⁴⁶.

El problema de la justificación en torno al legítimo ejercicio de un oficio o profesión se origina, en segundo lugar, porque no se puede defender la existencia de una doctrina del doble efecto, que permite interrumpir un embarazo causando la muerte del feto (sin importar la intención con la que se hace) con arreglo a la *lex artis*, mientras existe una norma de rango legal (como el artículo 119 Código Sanitario

²⁴³ La afirmación sobre que se trata de un argumento circular, en: BASCUÑAN. R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 67.

²⁴⁴ Ese criterio es incierto, cambiante y de difícil acceso porque no se encuentra recogido en ninguna parte. Ello trae como consecuencia que los profesionales se abstengan de realizar procedimientos cuya justificación jurídica (que garantice el resultado impune) será incierta, aún cuando ellos sean necesarios.

²⁴⁵ Así Etcheberry, quien reconoció en la justificación por legítimo ejercicio del oficio del médico la única posibilidad de establecer la excepción a la regla general de la punibilidad del aborto, consagrada en el preámbulo de la ley que derogó la antigua disposición del art. 119 del Código Sanitario. En: ETCHEBERRY, Alfredo. Ob.cit. p.118.

²⁴⁶ Otra tema es si ese fundamento es suficiente para excluir efectivamente el injusto, especialmente porque el consentimiento de la mujer versa solo sobre las afecciones a sus propios bienes jurídicos protegidos y no es apto para excluir del injusto la muerte del feto. En palabras de Bascuñán, “desconocerlo no es solucionarlo”. BASCUÑAN. R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 65.

entonces vigente) que lo prohíbe. Ello es una contradicción a la estructura jerárquica de las normas, pues como ya mencionamos, un uso normativo jamás podrá contrariar una norma expresa del legislador. Además, reconocer la doctrina del doble efecto es cargar también con lo problemático que resulta fundar la justificación en concepciones morales, derribando todo intento de determinar racionalmente cuándo una acción se conforma o no a derecho, es decir, cuándo es justa.

Finalmente, podría considerarse que esta justificación envuelve asimismo el legítimo ejercicio de una *actividad lícita*, como especificación del ejercicio de un derecho entendido en sentido amplio, la que podría eventualmente cubrir a la interrupción del embarazo realizada en virtud del antiguo artículo 119. Pese a ello, este argumento no permitía sostener la naturaleza justificante de la causal, porque su respaldo normativo no era claro en la redacción del citado numeral. Queda aún pendiente analizar si dicha afirmación (que abortar bajo una indicación terapéutica se trataría de una actividad lícita) se mantiene bajo la actual regulación, sin perjuicio de que pueda no ser necesaria su *aplicación* en tanto norma contenida en el artículo art. 10 N°10, toda vez que ella se encuentra explícitamente consagrada en la indicación terapéutica del nuevo artículo 119 del Código Sanitario.

5.2.2.2 Estado de necesidad justificante (art. 10 N°11)

Como mencionamos, el estado de necesidad refiere a la situación en que un bien jurídico es sacrificado para salvar otro bien jurídico en peligro y, es además justificante²⁴⁷ cuando el bien jurídico sacrificado es menos valioso o de entidad que el bien jurídico salvaguardado.

Entre nosotros el estado de necesidad justificante tradicionalmente se descartó como vía justificatoria en relación al delito de aborto, dado el estrecho reconocimiento que tenía en nuestro ordenamiento, limitado únicamente a los casos en que el bien jurídico sacrificado era la propiedad ajena (art. 10 N°7 del Código Penal) o la inviolabilidad de la morada (art. 145 Código Penal). Esto fue modificado en 2010, cuando se introdujo el nuevo art. 10 N°11 a nuestro Código, el que recoge el estado de necesidad justificante en términos amplios. Ella tuvo por objeto mejorar la posición de las víctimas de violencia intrafamiliar que cometieran homicidio²⁴⁸. La nueva norma ha traído consigo las correspondientes

²⁴⁷ Esto al entender de la mayoría de la doctrina. Sin embargo, existen otras teorías que consideran, por ejemplo, que el estado de necesidad siempre opera como justificante. GIMBERNAT O, Enrique. *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem. Festschrift für Hans*, 1974. pp. 228 y 230.

²⁴⁸ Sobre el contexto y propósito de discusión y promulgación de esta modificación: VARGAS, Tatiana. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N 11. *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, Reuters Thomson, Santiago*, 2013, p. 743-774.

discusiones relativas a la naturaleza jurídica de la institución y si sus efectos son excluir la culpa solamente o también la antijuridicidad.

Algunos han considerado que expresa un estado de necesidad exculpante y otros ven en él un estado de necesidad justificante.

Dentro de los primeros²⁴⁹ se encuentra Héctor Hernández, para quien la cuarta circunstancia contemplada en este numeral es indicativa de una situación de inexigibilidad de otra conducta, la que, a su vez, es propia del estado de necesidad exculpante²⁵⁰. Así también Mañalich, tras explorar y descartar la tesis de que podríamos encontrarnos ante un estado de necesidad defensivo, concluye que atribuirle un efecto justificante “no sólo resultaría asistemático, sino que al mismo tiempo amenazaría con desdibujar los contornos de los deberes de tolerancia correlativos a los derechos de intervención sobre bienes jurídicos ajenos que resultan de la norma permisiva aplicable en situaciones de estado de necesidad agresivo”²⁵¹.

Por su parte Cury señala que éste tiene un efecto justificante cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa y en los demás casos será exculpante. En este sentido su efecto sistemático es ampliar los bienes jurídicos susceptibles de ser afectados en caso de estado de necesidad agresivo²⁵².

En este contexto, uno podría señalar que ciertos abortos, cometidos en situaciones de necesidad, como justamente es el aborto terapéutico, se encontrarían justificados por aplicación de un estado de necesidad justificante en virtud de la norma contenida en el artículo 10 N°11. Habida consideración de la abierta discusión referida, para los efectos de la interrupción del embarazo por indicación terapéutica no es necesario recurrir a esta norma toda vez que el nuevo art. 119 del Código Sanitario reconoce explícitamente la procedencia de la justificación.

²⁴⁹ En general sobre el problema de la dogmática penal chilena para determinar la naturaleza del estado de necesidad, véase WILENMANN, Javier. El fundamento del estado de necesidad, ob. cit., p. 213-244.

²⁵⁰ COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor. Código penal comentado: libro primero (Art. 1 a 405) Doctrina y jurisprudencia. 2011, p. 274 y ss.

²⁵¹ MAÑALICH, Juan Pablo. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N 11 del Código Penal Chileno. Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, Legal Publishing, 2013. p.720.

²⁵² CURY, Enrique. El estado de necesidad en el Código Penal chileno. *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, 2013, p. 253.

5.2.2.3 Legítima defensa

La justificación del aborto por legítima defensa queda de plano descartada pues es de público conocimiento que el feto, en tanto no es persona, no es capaz de agresión en base a la cual se pudiera reaccionar defensivamente. Dicha afirmación ya fue tematizada respecto a la demarcación del bien jurídico protegido y el fundamento de dicha protección.

5.2.3 Causa específicamente consagrada

En general los sistemas de indicaciones se interpretan como “un sistema de causas de justificación por estado de necesidad, consagrado en forma particular para el delito de aborto cuando este se realiza por razones terapéuticas, eugenésicas, éticas, económicas, etc.”²⁵³

Bajo dicha consideración, podría la causal contenida en el artículo 119 no ser ninguna de las anteriores, y solo constituir en sí misma una causal de justificación independiente del sistema de causales generales de justificación contenidas en el artículo 10 del Código Penal.

Desde luego, de suyo viene que es solo aplicable frente a la acción de abortar. Precisamente, el fundamento que motiva la dictación de esta causal especialmente consagrada, podría identificarse con un estado de necesidad de la mujer embarazada²⁵⁴, pero existiendo ésta no es necesario acudir a las otras, que imponen un estándar de procedencia mucho más estricto.

Con todo, cabe preguntarse, si el fundamento descansa en un estado de necesidad, cuál es la naturaleza normativa de esta norma. Pareciera ser entonces, que estados de necesidad y legítima defensa (como sistema de derechos de necesidad) son materialmente fuentes de justificación, las que son reconocidas de diversas formas en los ordenamientos jurídicos. Luego, las causales de justificación tales como el ejercicio de un oficio, de un derecho, etc., constituirían meta reglas²⁵⁵ (o reglas de cómo aplicar las reglas) que explicitan que, en esos casos, por las circunstancias particulares, prima aplicar la norma justificante por sobre la prohibición de abortar. En este sentido, la causal de justificación del aborto terapéutico por la nueva Ley IVE es por este motivo – en cuanto a la técnica legislativa – *una causal*

²⁵³ OSSANDÓN, Magdalena. Aborto y justificación, ob.cit. p. 325.

²⁵⁴ Así, el Mensaje presentado por la Presidente de la República del proyecto en cuestión, señalaba “La finalidad de esta indicación es permitir que la mujer tenga acceso a los tratamientos médicos necesarios para preservar su vida, aun cuando la realización de los mismos implique la interrupción del embarazo.” BCN. Historia de la Ley 21.030 de 23 de septiembre de 2017, Mensaje, p.10. [Consulta: 27 de junio 2017], disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/6701/>

²⁵⁵ BASCUÑAN, R., Antonio. El delito de aborto, ob.cit. p. 65.

específicamente consagrada, pero que materialmente encarna un estado de necesidad defensivo. Cabe ahora indagar precisamente sobre la naturaleza normativa de dicha justificación especialmente consagrada.

6. Naturaleza normativa de la justificación

Para determinar la naturaleza normativa de la justificación contenida en la nueva ley IVE sobre aborto terapéutico, debemos preguntarnos en qué elemento de la estructura del delito despliegan su efecto las causas de justificación.

Para ello, es necesario entonces examinar tanto la antigua como a nueva regulación en torno a la teoría general del delito y determinar la forma en que consideramos que éste se estructura. Así, una acalorada discusión se ha suscitado en la dogmática penal, en torno principalmente a dos teorías sobre ello; por un lado, se encuentra la teoría bipartita del delito, que distingue únicamente entre injusto y culpabilidad; por otro lado, hay quienes establecen que el delito se estructura en torno a tres elementos; la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

6.1 ¿Dos o tres elementos?

Si se reconoce que el tipo ya supone una valoración parece poco práctico el modelo en el que algunas circunstancias determinantes del injusto se contengan en el tipo mientras que otras queden reservadas para la categoría de antijuridicidad. Sería así útil pensarlo de forma tal que en una sola categoría se contengan todas las circunstancias que, conjuntamente, permitan un juicio definitivo sobre el injusto del hecho, que aglutine el tipo (elementos fundamentados del hecho) y los presupuestos de las causas de justificación (excluyentes del injusto).

Una posibilidad fue la propuesta por Adolf Merkel en la *Teoría de los elementos negativos del tipo*²⁵⁶, que considera que las causas de justificación se han contemplado en la parte general -en lugar de la parte especial- para evitar tener que repetirlas en cada delito. Esta teoría “convierte a los elementos de justificación en elementos negativos del tipo en cuanto a que su no concurrencia es presupuesto del cumplimiento del tipo, mientras que los elementos contenidos en las descripciones de los delitos de la

²⁵⁶ MERKEL, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, cit., p.82 En: WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. p. 206.

Parte especial por regla general han de comprobarse positivamente²⁵⁷. En este sentido, las causas de justificación excluyen no solo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuridicidad se funden en un tipo global (o total) de injusto, lo que constituiría un *sistema bipartito* del delito, cuyos elementos son el injusto típico y la culpabilidad.

Existen varios aspectos que hacen atractiva esta teoría²⁵⁸ pero hay quienes consideran que hay razones de más peso para optar por una estructura que distinga entre tipo y antijuridicidad en el sentido que éstos “no se agotan en su significado para la averiguación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones político-criminales”²⁵⁹. El tipo tiene la función de reunir las circunstancias que fundamentan el merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito y designa la antinormatividad de un (tipo de) comportamiento. El juicio de injusto, por su parte, “contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso individual, y no se refiere a la clase de delito, sino a la concreta dañosidad social del suceso único, y es el resultado de una ponderación de enfrentados intereses jurídicamente protegidos. (...) En efecto, una conducta justificada está autorizada por el ordenamiento jurídico y en principio ha de ser soportada por el afectado, mientras que una actuación atípica no está necesariamente permitida, sino que está situada en el ‘ámbito fuera del Derecho’”²⁶⁰. Así, no realizarse el tipo es diferente de no verificarse la antijuridicidad. El tipo es una forma o tipo de injusto, pero no es el injusto: es, en palabras de Gallas, “*ratio essendi* de la pertenencia del hecho al *typus* de injusto, pero en cambio solo *ratio cognoscendi* de su antijuridicidad en el caso concreto”²⁶¹.

Ahora bien, las críticas de las que ha sido objeto la TENT han sido parcialmente incapaces de generar un diálogo entre detractores y defensores y ello en parte se debe, como pone de relieve Wilenmann²⁶² a la “superposición de niveles de discurso” dada por la vinculación o referencia de la TENT a una gran cantidad de aspectos diversos, centrales de la comprensión del delito. Por lo demás, ella está “basada en una concepción monista de las normas, la antigua teoría de los imperativos, según la cual los mandatos y las prohibiciones (esto es, los imperativos) son las únicas normas independientes, respecto

²⁵⁷ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana.” p. 284.

²⁵⁸ Como que permitiría un juicio de valor sin reservas (ya no provisional), encarnando la *ratio essendi* de la antijuridicidad. Además, sería útil al problema de la errónea suposición de circunstancias justificantes en cuanto excluiría directamente el dolo.

²⁵⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal, ob.cit. p. 286.

²⁶⁰ Ídem, p.287

²⁶¹ Schmidhaeuser en ROXIN, Claus. Derecho Penal, ob.cit. p. 288.

²⁶² WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. p. 105.

de las cuales las proposiciones permisivas no constituyen sino proposiciones dependientes”²⁶³. Bajo un entendido así, todos los elementos del injusto son igualmente equivalentes en tanto relevantes como negación o exclusión de un ideal del derecho, o si se quiere, de “lo justo”.

De forma posterior se impuso la idea de que era posible distinguir materialmente²⁶⁴ diferentes elementos o momentos dentro del injusto total dado por el comportamiento merecedor de pena²⁶⁵. En ese sentido es que el “Tatbestand” ya no significaría el supuesto o situación de hecho equivalente al delito mismo, como el conjunto de condiciones que importan la aplicación de una pena, sino solo algunas de estas condiciones, relacionadas con la objetividad y la legalidad, que darían una función de garantía y a la vez una función sistemática al tipo como condiciones externas y previamente conocidas que darían lugar a la aplicación de una sanción²⁶⁶. En este sentido el tipo sería un presupuesto del injusto y no el injusto mismo. La distinción material vendría así dada porque el juicio de tipicidad atendería a los solos presupuestos objetivos, siendo así un juicio libre de valoración, a diferencia del juicio de antijuridicidad que introduciría el juicio de valor o normativo.

Esta idea fue luego, a su vez, refutada bajo la idea de que un juicio (de tipicidad) libre de valoración no era tal, toda vez que se vale de elementos normativos. Así, se ha sostenido que tipicidad y antijuridicidad no pueden ser materialmente distinguidos²⁶⁷ pero su distinción es útil como “un medio puramente técnico de ayuda”²⁶⁸. Como sea, existe cierto acuerdo en que el cumplimiento de todos los elementos del tipo importa un indicio de injusto, que se ve luego confirmado o no por la ausencia o concurrencia de causales de justificación. Y es el estatus de dicho indicio no confirmado lo que interesa dilucidar: ¿es irrelevante penalmente o es relevante, aunque en una forma distinta a la antijuridicidad?

6.2 Panorama y discusión antes de la ley IVE

En el seno de la penalización absoluta del aborto en Chile hasta el 2017, existieron diversas fórmulas para la interpretación de la prohibición contenida en los artículos 342 a 345 del Código Penal en

²⁶³ “[L]a norma permisiva define el alcance del imperativo, recorta el ámbito de su extensión posible (y no sólo el ámbito de su aplicabilidad). En otros términos, bajo esta concepción no se trata de una relación entre dos normas bajo la modalidad regla general-excepción (o bien bajo la forma de una eventual antinomia), sino que la proposición permisiva constituye ya una limitación interna de la extensión de la norma prohibitiva o imperativa, que es la única norma.” MAÑALICH, Juan Pablo. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2003, no 3, p. 145-161.

²⁶⁴ En el sentido de que la distinción no solo tendría lugar por razones metodológicas.

²⁶⁵ Contribución de BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1964), en WILENMANN, Javier. *Injusto*, ob.cit., p. 114

²⁶⁶ WILENMANN, Javier. *Injusto*, ob.cit., pp. 115 – 117.

²⁶⁷ Así ENGISCH, “*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*”, en WILENMANN, Javier. *Injusto*, ob.cit. p.205.

²⁶⁸ MEZGER, “*Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss.*” (1938), en WILENMANN, Javier. *Injusto*, ob.cit.

complemento con la prohibición sanitaria contenida en el ese entonces 119 del correspondiente Código. Para efectos de la discusión que daremos en lo siguiente, dos son las posturas que nos interesan:

Una fórmula para abordar la discusión implicó sostener la inconstitucionalidad del artículo 119, “al restringir la aplicabilidad del estado de necesidad defensivo justificante a la mujer embarazada respecto del peligro letal, actual o inminente procedente del feto”²⁶⁹. Bajo esta consideración, el fundamento constitucional de la interrupción del embarazo con motivo terapéutico se encuentra en el principio de igualdad ante la ley, artículo 19 N°2 CPR, en el sentido de “negar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria”²⁷⁰. Ya que no se verifica una agresión ilegítima, no cabe la legítima defensa, y ya que el afectado por la acción defensiva no es ajeno a la creación del peligro, tampoco se trataría de un estado de necesidad agresivo. En razón de ello, Bascuñán considera que en este caso estaríamos ante un estado de necesidad justificante.

Por otro lado, se puede sostener que el artículo 119 impone una obligación que no puede dar lugar a sanciones penales, es decir, es una acción *atípica*, en consideración de lo siguientes motivos, de acuerdo a lo planteado por Wilenmann²⁷¹:

En primer lugar, porque el sistema no puede realizar distinciones arbitrarias injustificables; si el artículo 119 establece una prohibición sólo al médico y a la mujer no le es exigible mantener el embarazo, entonces el médico realizaría una actividad ilícita mientras que la mujer no, lo que no tiene sentido sistemático²⁷².

El autor indica en segundo lugar que “el sentido del 119 es excluir normas permisivas autónomas: excluye permisiones especiales por parte de los médicos. Es decir, constituye una norma de segundo nivel que reconfigura las relaciones entre normas permisivas y prohibitivas del aborto, en el sentido de hacer que en el conflicto la norma prohibitiva excluya a la norma permisiva”²⁷³. Con todo, señala que ella en ningún caso es en sí misma una norma prohibitiva, ya que no tiene un estatus que permita

²⁶⁹ BASCUÑAN, R, Antonio. El delito de aborto, ob.cit.

²⁷⁰ Ídem, p.74.

²⁷¹ WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer, ob. Cit. p. 316.

²⁷² Ídem, p. 316.

²⁷³ Ídem. P. 316.

construir prohibiciones, sean o no penales²⁷⁴. Esta última afirmación es dudosa en tanto es cuestionable la idea de que el Código Sanitario no pueda establecer prohibiciones.

En tercer lugar, afirma que los límites a la prohibición penal del aborto en el caso de la mujer no se derivan de causas exógenas a la justificación de la prohibición, como son las causas generales de justificación, sino que de su propio fundamento en tanto imposición de deberes de solidaridad por necesidad²⁷⁵. Por ende, la ausencia de las condiciones de imposición de estos deberes no da a lugar a causales de justificación, sino a atipicidad²⁷⁶.

En cuarto lugar, porque para darle un mínimo de racionalidad al sistema en la protección de la mujer, cuando la posición de garante no es justificable para la mujer, menos puede serlo para terceros (el facultativo en este caso), y por eso es que se cancela la validez de la prohibición del aborto también respecto de terceros²⁷⁷.

6.3 Una lectura de la discusión desde la teoría de las normas

Para efectos de la discusión sobre la actual regulación, un esfuerzo interesante en la dilucidación de la naturaleza normativa de las normas que establecen causas de justificación han sido las realizadas por Iñigo Ortiz de Urbina y por Javier Wilenmann. Ambos, aunque con distintos fines, relacionan el conflicto de normas subyacente con la teoría general del derecho. En conexión con reinterpretaciones de la Teoría de los Elementos Negativos del Tipo (TENT), ambos discurren acerca de cuál es la relación que existe entre una norma que prohíbe y una que permite, y cómo se puede solucionar el aparente conflicto que la concurrencia de ambas plantea.

Conflicto de normas

Cada vez que nos encontramos ante una norma prohibitiva y al mismo tiempo ante una norma permisiva se verifica un (al menos aparente) conflicto de normas.

²⁷⁴ Ídem, p. 316.

²⁷⁵ Ídem, p. 316.

²⁷⁶ Ídem, p. 317.

²⁷⁷ Ídem, p. 317.

A propósito de los concursos de leyes y de tipos en el derecho penal, y con el fin de solucionar las contradicciones conforme a las relaciones lógicas entre cada grupo de casos, Klug²⁷⁸ postuló que las normas podían encontrarse en 4 tipos de relaciones: heterogeneidad, identidad, subordinación o interferencia (también referida como intersección). Conceptualmente, como expone Ortiz de Urbina, se entiende que están en relación de *subordinación* cuando la esfera de aplicación de una norma se encuentra totalmente cubierto por la esfera de aplicación de la otra; de *interferencia*, cuando hay al menos un caso subsumible solo bajo cada una de las normas, de forma que solo una parte de la norma se superpone a la otra; o de *heterogeneidad*, cuando los ámbitos de aplicación de ambas normas no se superponen²⁷⁹.

Dado que dentro de un mismo ordenamiento dos normas en relación de identidad en sentido contradictorio importarían un absurdo, este tipo de relación se descarta, al igual que la de heterogeneidad, toda vez que al no existir un ámbito de aplicación común ambas normas no entrarían en conflicto.

Antes aún de que el delito se entendiera conforme a la ahora denominada teoría clásica del delito -que entiende que éste se estructura en torno a tres elementos- recordemos que Adolf Merkel acuña, a propósito del tratamiento del error sobre presupuestos de una causa de justificación como error de tipo, el concepto de TENT.

Acorde a ella, todos los elementos del injusto son materialmente equivalentes en tanto todos son igualmente aptos para excluir el merecimiento o no de una pena. Pero parece ser que su utilidad práctica no se limita al ámbito penal; tanto Ortiz de Urbina²⁸⁰ como Wilenmann²⁸¹ analizan el conflicto normativo presentado por las causas de justificación y apuntan a que la TENT puede ser una teoría general para solucionar los aparentes conflictos entre normas prohibitivas y permisivas más allá del ámbito penal. Pese a partir de esta misma premisa, ambos arriban a conclusiones diferentes.

Respecto del aborto terapéutico, la norma prohibitiva viene dada por los artículos 342 a 345 del Código Penal, que establecen la prohibición de practicar abortos. Por su parte, el nuevo artículo 119 del

²⁷⁸ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal. EL MISMO, Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho, Barcelona (Alfa), 1989, p. 55-73.

²⁷⁹ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. De moscas y agresores muertos. *InDret*, 2008, no 3. p.16

²⁸⁰ Ídem, p.17.

²⁸¹ WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit.

Código Sanitario establece una norma permisiva en relación al aborto terapéutico en tanto se trate de aquellos casos en que la mujer se encuentre en riesgo vital.

Wilenmann considera que la existencia de la norma permisiva extrae los supuestos a los que es aplicable del ámbito de la norma prohibitiva. Siguiendo una argumentación general respecto a las distintas relaciones de conflicto en las que se pueden encontrar las normas, señala que una primera opción podría ser considerar que la norma introducida por el nuevo art. 119 se encuentra en relación de interferencia porque existiría al menos un supuesto que cae dentro del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva y no cae al mismo tiempo dentro del ámbito de aplicación de la norma permisiva (por ejemplo, un aborto que no caiga en la causal pero que constituya legítima defensa, o un aborto bajo estado de necesidad justificante) y existe también al menos un supuesto que cae dentro del ámbito de aplicación de la norma permisiva y no cae al mismo tiempo dentro del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva (por ejemplo, un aborto por indicación terapéutica). Pero la descarta en tanto considera que la relación no se concreta, porque no existiría al menos un supuesto subsumible en ambas normas al mismo tiempo.

Una segunda opción sería sostener que ellas se encuentran en una relación de subordinación con la norma prohibitiva, en tanto los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la norma permisiva caen así mismo dentro del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva, sin que lo contrario sea cierto. Sin embargo, señala que ambas normas no se encuentran en una relación de subordinación ya que no es posible constatar supuestos que sean subsumibles en ambas normas.

En efecto, Wilenmann sigue la tercera opción, la cual considera que las normas de permisión se encuentran en relación de *heterogeneidad* respecto de las normas de mandato, ya que constituyen por sí solas, una norma completa. Frente a la aparente falta de un criterio para resolver la divergencia presentada por ambas normas en esta relación de heterogeneidad, plantea la necesidad de una reconstrucción del modelo de justificación. Para él, esto equivaldría a la TENT.

En oposición, Ortiz de Urbina, así como también Mañalich²⁸², consideran que la existencia de la norma permisiva genera que los casos a que ella es aplicable sí se subsuman en ella. Bajo esta postura, la relación de interferencia no se concreta porque, aludiendo la indicación terapéutica a un solo tipo de casos, no existe un solo supuesto en que sea aplicable la indicación que no esté contenido dentro de la norma prohibitiva. Así, tampoco podrían encontrarse en relación de heterogeneidad como señala

²⁸² MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas, ob.cit.

Wilenmann. En efecto, su relación es de *subordinación* porque todos los supuestos de aborto terapéutico son también supuestos de aborto.

Así, la diferencia entre ambas posturas radica en la consideración de la norma de permiso como una norma independiente – o completa en los términos de Wilenmann- o una norma dependiente, subsumida a la norma prohibitiva del aborto, en los términos de Ortiz de Urbina, y por ende qué método de solución de antinomias se sigue de ello.

Así, para Ortiz de Urbina: “las permisiones pueden explicarse en términos de negación o cancelación de las normas directivas “correspondientes”, mediante su exclusión o la introducción de definiciones. Este último pareciera ser el camino recorrido por la TENT, que pretende que la situación de colisión generada a partir de la concurrencia de la norma directiva con la permisiva se resuelva entendiendo que los presupuestos de la permisión se incorporen a la norma directiva en forma de “elementos negativos”, redefiniendo por tanto su ámbito de aplicación.”²⁸³ Cabe señalar que, aunque Mañalich llega a la misma conclusión, no lo relaciona con la TENT.

En cambio, para Wilenmann la mejor versión de la TENT implica el reconocimiento de la independencia de la norma permisiva frente a la norma prohibitiva contenida en el tipo. Es más, para el autor la TENT es una reconstrucción de las causas de justificación como excepciones a la aplicación de normas de comportamiento típicas²⁸⁴. Así, la permisión se ubica dentro del campo de aplicación original del tipo, pero ese campo de aplicación es extraído una vez que la norma permisiva es reconocida como una norma aplicable al caso concreto²⁸⁵. Respecto a eso mismo señala que una objeción a su argumentación es que si lo que hace el permiso es extraer dichos casos de la norma prohibitiva, ella nunca podría entonces tener una consecuencia jurídica independiente porque no es más que la limitación de la aplicación de la norma que prohíbe. Respondiendo a aquello señala que TENT, al reconstruir las causas de justificación, lo hace como normas completas y no solo extrae casos de la norma, “sino que ella misma puede asignar consecuencias ligadas a ese comportamiento calificado por la norma.”²⁸⁶

Así, los argumentos esgrimidos por Wilenmann para sostener que la norma permisiva es independiente son dos: (1) relacionado con el hecho de que la norma permisiva extrae un ámbito de aplicación de la

²⁸³ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. ob.cit, p.16.

²⁸⁴ WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. p.171

²⁸⁵ Ídem.

²⁸⁶ Ídem, P.172.

norma prohibitiva de su ámbito, se sigue lo que él interpreta como la existencia de relación lógica de heterogeneidad entre ambas; y (2) vista entonces la norma como una de carácter completo, se le pueden asignar consecuencias ligadas a ese comportamiento calificado por la norma.

Sin embargo, existe una confusión en la argumentación de Wilenmann al arribar a su planteamiento de reconstrucción de un modelo de las causales de justificación.

En primer lugar, existe una confusión porque precisamente el hecho de que él interprete la extracción del ámbito de aplicación de la norma como una relación de heterogeneidad, es una abierta contradicción en tanto luego señala que esta relación de heterogeneidad se da “una vez que la norma permisiva es reconocida como norma aplicable”, es decir, una vez que ya se resolvió el conflicto en aplicación de algún criterio (que como veremos en este caso, es el de especialidad). De dicha confusión se siguen dos objeciones relevantes.

Por un lado, lo que ocurre es que el autor no advierte diferentes niveles de aplicación de las normas. Moreso y Navarro plantean la distinción entre dos niveles de aplicabilidad de una norma: el interno y el externo. La aplicabilidad interna dice relación con la esfera de validez de las normas legales. Por su parte, la aplicabilidad externa “refiere a deberes institucionales: una norma N es externamente aplicable si y solo si un juez está legalmente obligado a su aplicación para algún caso C”²⁸⁷.

En el caso en análisis en particular el *nivel interno* respecto de la acción de abortar son todos los requisitos dados por el tipo de aborto -contenido en los artículos 342 y siguientes del CP- los cuales sí tienen aplicabilidad en la acción de aborto terapéutico. Por otro lado, el nivel externo corresponde a aquellos requisitos que consideran la aplicabilidad de la norma en atención a un sistema de normas, en el cual se incorporan las causales de justificación. Así, la indicación terapéutica –junto con las otras dos indicaciones- excluye la aplicabilidad externa de la norma.

Bajo esta posición, si bien podría afirmarse que la norma es independiente, en el sentido de manifestar otras consecuencias jurídicas distintas a la exclusión de la punibilidad, ello no se vislumbra bajo la discusión sobre la *ontología de la norma* (es decir, cual es el tipo de vida de la norma), sino que dice relación con las antinomias. Ellas comprenden conflictos de normas que, siendo autosuficientes (como son las normas contenidas en el Código Penal y Sanitario respectivamente), pueden encontrarse en

²⁸⁷ NAVARRO, Pablo E.; MORESO, José Juan. Applicability and effectiveness of legal norms. Law and Philosophy, 2005, vol. 16, no 2, p. 201. (Traducción libre de las autoras.)

distinta *relación lógica con otra norma*, para cuyos casos se han desarrollado para su solución los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción, entre otros. Aun cuando suscribiéramos a la idea de que ambas normas se encuentran en relación de heterogeneidad, dicha discusión no permite abordar la discusión de independencia y dependencia (o si la norma permisiva es una norma completa o no), en los términos que Wilenmann lo plantea. *Estamos entonces ante un tema sobre la condición de aplicabilidad de una norma, y no ante un elemento negativo del tipo*. Así, se hace patente que no es necesario adoptar la TENT como argumento para llegar a resolver el conflicto que se configura entre la prohibición general de abortar, y la permisón de hacerlo bajo la indicación terapéutica. No estamos ante la situación en que el permiso contenido en el Código Sanitario sea un elemento semántico más denso dentro de la norma prohibitiva que viene a “excluir casos”, sino precisamente lo contrario: estamos ante otra norma, de carácter externo, que al aplicarse no modifica la norma prohibitiva, sino solo extrae casos de su aplicabilidad, encontrándose en ese sentido específico en relación de subordinación (pues la permisón misma tiene sentido solo en tanto la conducta se encuentra prohibida en primer lugar), relación eventualmente conflictiva que puede ser resuelta mediante la aplicación del criterio de especialidad. Así mismo entiende Mañalich la relación normológica existente entre normas permisivas y prohibitivas²⁸⁸.

En definitiva, la norma contenida en el nuevo artículo 119 del Código Sanitario es especial respecto de la tipificación del delito de aborto en nuestro Código Penal.

Por otro lado, existe una confusión porque, suponiendo que las consecuencias a las que alude (2) se refieran a consecuencias fuera del ámbito penal (dado que sea cual sea el caso, la norma termina excluyendo la punibilidad), *las consecuencias que genera la norma fuera de dicho ámbito no tienen lugar porque la norma sea independiente o dependiente*. Aterrizando a nuestro caso la discusión, la confusión tiene relación con lo que Wilenmann denomina su independencia. Tanto la norma contenida en el artículo 119 del Código Sanitario, como las normas que regulan la prohibición del aborto en nuestro Código Penal son normas independientes. Lo que ocurre es que la misma disposición contiene una permisón y un mandato a la vez, pero dirigidos a distintos sujetos. Contiene una permisón en tanto genera la exclusión de ciertos casos o circunstancias a la aplicabilidad de la prohibición general de interrupción del embarazo –y en la cual se mantiene en relación lógica de dependencia o subordinada a la existencia de la norma prohibitiva- y contiene un mandato, dirigido como deber al Estado de otorgar el acompañamiento y las prestaciones de salud suficientes para poder ejecutar un aborto –la cual no mantiene relación lógica con la norma prohibitiva. Prima facie podríamos afirmar

²⁸⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas, ob.cit. p.503.

que nos encontramos ante un permiso en el sentido más fuerte posible, que configura un *derecho a abortar*, sin perjuicio de prevenir que es específicamente restringido a las causales contenidas en las tres indicaciones.

6.4 Panorama y discusión hoy

Para una parte de la doctrina, las discusiones se han manifestado contorneadas por la determinada estructura del delito que pueda (o no) adoptarse.

En efecto, entre quienes siguen la idea de una *estructura tripartita* y distinguen entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, podríamos señalar que la justificación genera en principio dos escenarios factibles; o estamos ante una acción atípica, o ante una acción típica no antijurídica, según se considere que ella incide en uno u otro elemento. Excluimos la culpabilidad por los motivos ya expuestos en el análisis general de dicha sede.

Por un lado, en el entendido de que el juicio de antijuridicidad es un juicio negativo, que se concreta en la no verificación de causales de justificación, verificándose una de aquellas, se excluye la antijuridicidad, dando lugar a un suceso de tipicidad no antijurídica. Cabe preguntarse ahora, si la negación de antijuridicidad por causa de justificación versus su exclusión por otra razón tiene alguna suerte de relevancia normativa, distinta de la antijuridicidad.

La doctrina ha tratado latamente el estatus o qué implicaría esta tipicidad no antijurídica. En efecto, se ha mencionado que el juicio de tipicidad sería un juicio abstracto de una conducta, generalmente punible, más la verificación y el verdadero juicio normativo al respecto se daría en el juicio de antijuridicidad. Esto es, el reproche a una conducta por encontrarse en oposición o constituir una negación al derecho sería aquél que se da a propósito de la antijuridicidad. Así, afirmar la tipicidad no antijurídica de una acción significaría que ella es opuesta a derecho bajo cierto orden interno de aplicabilidad, pero posteriormente, aparecen otras circunstancias bajo un orden externo que la excluyen del ámbito de aplicabilidad, ambas sin embargo manteniéndose en el mismo nivel de generalidad y abstracción.²⁸⁹ Cabe prevenir lo anterior en relación con la culpabilidad, sede en la cual, a diferencia de la anterior, se realiza un juicio orientado hacia el sujeto y sus circunstancias concretas.

Según Beling²⁹⁰ hay un error metodológico en aglutinar tipicidad y antijuridicidad porque al emplear un concepto formal general (tipo global) se omite la función del tipo de indicar anticipadamente y en términos objetivos cuándo una conducta será punible. Por otro lado, toda esta discusión cede ante la idea de que no es posible distinguir materialmente la tipicidad de la antijuridicidad y que tal distinción sería “un medio puramente técnico de ayuda”²⁹¹, cuestionamiento que se ha deslizado para señalar la falta de relevancia práctica de la distinción. Cabe consignar que, de seguir esta estructura, la acción podría considerarse tanto una acción atípica, como una acción típica justificada, según donde se interpreta se encuentra contenida la permisión (en un nivel interno o externo).

Por otro lado, para quienes siguen *una estructura bipartita*, la pregunta acerca de los elementos que componen el delito parece ser puramente nominal, ¿el tipo es una condición necesaria y suficiente de la antijuridicidad, o es solamente necesaria? Como afirmamos, la diferencia suele estar puesta en la relevancia o irrelevancia normativa que tendría el comportamiento típico pero justificado versus aquel que es atípico. En sintonía con esta posición, la calificación de la negación de antijuridicidad por causa de justificación da lugar entonces a un comportamiento irrelevante penalmente, toda vez que el merecimiento de una pena queda excluido al practicar un aborto en los términos señalados por nuestra nueva regulación. Así, podría afirmarse que los casos de abortos practicados bajo la norma permisiva del art. 119, siempre llegarían a constituir casos de atipicidad, porque la exclusión de la conducta indicada se manifiesta en sede objetiva y excluye la realización del tipo.

Una vez analizadas las posibilidades que otorgan una u otra estructura, parece evidente anticipar la conclusión de que *no es necesario ni útil abogar por una u otra*, como entraremos a analizar. En efecto, ¿cuál sería la relevancia de hablar de acción atípica o acción típica justificada? Ambas expresan una permisión en el sentido más fuerte posible, dejando indubitado su carácter de licitud; no puede ser sino una actividad lícita si es posible hacerla incluso exigible para el Estado. Además, la definición sobre cuál estructura seguir no es decisiva ni permite resolver otros conflictos asociados a la discusión, como, por ejemplo, los deberes de tolerancia que podrían –para algunos– contenerse en las normas permisivas.

Así entonces, la discusión sobre la nueva regulación no pasa por la opción de una u otra estructura pues en ambas la acción de abortar está permitida y se torna lícita, sino por delimitar cuál es el contenido,

²⁹⁰ BELING. Die Lehre von Verbrechen. En WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. p.115 y ss.

²⁹¹ MEZGER, Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, 1938, p.62, En WILENMANN, Javier. Injusto, ob.cit. p. 123

naturaleza y fundamento de la norma permisiva contenida en el artículo 119 letra a) del Código Sanitario.

6.5 Fundamentos y naturaleza de las normas permisivas

Arribada la conclusión de que la indicación terapéutica consiste en una autorización, que se encuentra en relación de especialidad con la prohibición de abortar contenida en el CP, es precisa la indagación sobre la naturaleza y contenido de dicha autorización. Una discusión relevante al respecto se ha suscitado sobre los deberes de tolerancia y cuáles serían las normas que los contienen o fundamentan; si las normas prohibitivas, o las permisivas.

Por un lado, se ha sostenido que el sustento normativo es entregado por la propia norma permisiva²⁹². Bajo ese entendido, la norma contenida en el 119 es la que establecería un deber de tolerar la interrupción del embarazo, dirigido a la sociedad. Sin embargo, para algunos es conflictivo atribuirle a una norma permisiva, normológicamente hablando, la facultad de establecer deberes.

En efecto, para Mañalich, la norma permisiva no hace más que excluir una conducta del ámbito de aplicación de otra que prohíbe, de lo cual no deriva el deber de quienes se ven “afectados”²⁹³ por la conducta, de tolerarla. En palabras del autor, el deber de tolerancia no es sino “un deber de abstención impuesto por alguna norma prohibitiva” y su relación con la norma permisiva es que ésta ejerce una función de clausura en la configuración de los deberes de tolerancia.²⁹⁴ Para él, afirmar una posición contraria llevaría a reconocer que una norma permisiva fundamentara un derecho en sentido de lógica deóntica, es decir, que se encuentra en una posición correlativa a un deber.

Entonces, si solo excluye ciertas conductas de la norma prohibitiva, en principio su máxima aspiración sería, en palabras de Hohfeld²⁹⁵, un *privilegio* o libertad, es decir, que la norma solo fundamenta la posibilidad de ejercer la acción, en contraposición a un *derecho* que es aquel que ostentaría tanto la posibilidad de actuar, como la existencia de un correlativo deber de otros de no impedir dicha actuación.

²⁹² Ídem, p.161.

²⁹³ Cabe aquí precisar la especial situación de la causal de justificación que autoriza interrumpir un embarazo en relación a otras tales como la legítima defensa, en las que el objeto de ataque es distinto en un caso (es un sujeto el que tolera la legítima defensa) que en el otro (aborto como ataque un objeto de protección, que es el feto). Nos remitimos en ese sentido a la crítica sobre afirmar que se trata de un bien jurídico colectivo, pues estamos ante un bien jurídico protegido (vida) cuyo objeto de protección es el feto en términos individuales.

²⁹⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas, ob.cit. p.504.

²⁹⁵ HOHFELD (1919) p.35 y ss. En: MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas, ob.cit. p.496

Una vez definida como un derecho, cabe preguntarse por qué debería alguien estar obligado a tolerar una acción. Según Mañalich, la razón por la que el otro está obligado a tolerar es porque respecto de él hay otras normas prohibitivas (como sería en este caso, por ejemplo, las normas que tipifican el delito de lesiones) que no es posible excluir bajo el permiso (interrumpir el embarazo), señalando que “el carácter prohibido de la acción impeditiva necesariamente depende de que esa acción sea subsumible bajo alguna norma prohibitiva”²⁹⁶.

Así, la pregunta de los deberes no queda prefigurada por si vamos a usar para la resolución del conflicto la TENT o la teoría de colisión de normas como el caso de Ortiz de Urbina y Wilenmann, sino por cuál será el *alcance o facultad* que le otorgaremos a la norma permisiva.

De acuerdo a Von Wright, es posible distinguir entre tres tipos o especies de permisión en sentido fuerte, de acuerdo a su nivel de intensidad. La sola constatación de que una acción se encuentra permitida en sentido fuerte, implicaría que ha sido objeto de una “declaración de tolerancia” por parte de la respectiva autoridad legislativa, es decir, un permiso de *lato sensu*. Luego, si ella es combinada con una prohibición de impedir o prevenir que el destinatario del permiso pueda actuar, estaríamos ante un derecho o *right*. Finalmente, si ello es además combinado con un mandato de posibilitar al detentador del permiso realizar lo que se le permite, se contaría entonces con una pretensión o *claim*, en relación con los destinatarios de esa norma de mandato²⁹⁷.

En el caso de nuestra nueva regulación fluye, en principio, que no solo se excluye la prohibición y fundamenta el deber de la sociedad de tolerar la interrupción de un embarazo bajo ciertas indicaciones, sino además van acompañados de un mandato dirigido al Estado de proveer un acompañamiento y las condiciones necesarias para que la mujer aborte, es decir un permiso en el sentido más fuerte posible. Bajo un análisis interpretativo de la norma, **estaríamos ante un derecho a abortar** -restringido a las tres indicaciones contenidas en la norma- de la cual es posible verificar, por un lado, un permiso para abortar (*lato sensu*) que prohíbe a otros impedir la acción (*right*), y por otro lado contiene un mandato (*claim*), de carácter administrativo, en tanto establece un deber del Estado para con la mujer que decide ampararse bajo dicho permiso o autorización. En contraste a ello, la jurisprudencia norteamericana en *Roe v/s Wade*²⁹⁸ revela de forma gráfica cómo en EEUU existe un “derecho a abortar”, mas no una

²⁹⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas, ob.cit. p.506.

²⁹⁷ Ídem, p. 494.

²⁹⁸ Esto es abordado en detalle por BASCUÑAN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto, op. cit.

exigibilidad del Estado en torno a otorgar prestaciones, siendo entonces un derecho (*right*) en un sentido menos fuerte que el existente en nuestra legislación (*claim*).

Complementa dicha afirmación su ubicación geográfica; contenida la autorización en el Código Sanitario, regula tanto la actuación de los médicos para el establecimiento de la causal, como las prestaciones que deben realizarse en los servicios de salud.

7. Alcance de la norma contenida en el artículo 119 letra a) Ley IVE

7.1 Pertinencia de la discusión

Una vez arribada la conclusión de que la norma contiene no solo una permisión sino también un mandato al Estado para otorgar una prestación, cabe delimitar su alcance en ambos términos: Por un lado, cuál es el alcance de la permisión, y por otro, cuál es el alcance de la norma de carácter administrativo.

Así el artículo 119 tiene, en primer lugar, una permisión cuya única función es excluir ciertos casos de la prohibición de aborto en nuestra legislación. En segundo lugar, el mismo artículo contiene una norma de carácter administrativo dirigida al Estado, a la cual le es entregada con mediana minuciosidad, y complementada por otras normas administrativas de carácter técnico -por ejemplo la Resolución Exenta N°129 del 2 de febrero de 2018- las cuales (1) regulan la prestación que han de otorgar los servicios de salud, y a su vez se encuentran dirigidas hacia el personal médico y buscan (2) regular aspectos sobre la determinación de la norma de permisión, es decir en qué casos “la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”.

Una posición relativamente difundida²⁹⁹ sostiene que dado el mandato de determinación que concierne a las normas penales -derivado del principio de tipicidad- en ellas deben describirse los comportamientos prohibidos en forma precisa, lo que a su vez importaría la necesidad de usar términos o elementos descriptivos³⁰⁰ en lugar de elementos normativos.³⁰¹ Además de lo controvertido que puede resultar la idea de que mediante elementos descriptivos se satisfaga la exigencia de taxatividad penal³⁰²,

²⁹⁹ Una ‘opinión generalizada’, en palabras de Ossandón. Como ejemplos de esa generalidad señala, en su nota al pie número 24, Ferrajoli, Bustos Ramírez, así como la sentencia del Tribunal Constitucional español 127/1990, FD 3.º b. OSSANDÓN, Magdalena. Los elementos descriptivos como técnica legislativa: consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2009, vol. 22, no 1, pp. 165.

³⁰⁰ En tanto “términos que contienen descripciones asequibles a la percepción sensorial y que no requieren de un juicio valorativo para su conocimiento y comprensión”, en el sentido no requieren de un especial proceso intelectual y valorativo para su comprensión. OSSANDÓN, Magdalena. Los elementos descriptivos, ob. cit., p. 164.

³⁰¹ OSSANDÓN, Magdalena. Los elementos descriptivos, ob. cit., pp. 159-183.

³⁰² En un sentido similar: “Ahora bien, en la descripción usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos como “sustraer” o “edificio”, en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y, por tanto, conforme a criterios normativos; así vimos ya que incluso conceptos como “ser humano” o “cosa” no se pueden precisar sin ayuda de valoraciones jurídicas”. ROXIN, Claus. Derecho Penal; (Trad. LUZÓN PEÑA, VICENTE

el problema radica en que para hacer punible una conducta se requiere que, además de satisfacer el tipo, ella no se encuentre en alguna de las situaciones que excluyen su punibilidad (sean causales en sede de justificación o exculpación, sea cual fuere la forma en que se considere que en términos normativos dicha situación actúa, sean cuales fueren las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad que se sostengan).

En este sentido, las causas de justificación- o en general, las situaciones que dan lugar a excluir la punibilidad una acción- requieren alguna³⁰³ **exigencia de determinación**, pues constituyen enunciados normativos penales. Así, la tarea de dotarlas de contenido es propiamente un *terreno normativo*. En efecto, si bien la indeterminación semántica es un rasgo propio de la textura abierta del lenguaje, a la vez que las ‘zonas de penumbra’ son imposibles de erradicar en el proceso de subsunción de situaciones particulares bajo normas abstractas y generales, el propio derecho proporciona los elementos que deben utilizarse para cerrar sus fisuras³⁰⁴. Es así como el derecho no claudica en su objeto y dentro de su propia ciencia y metodologías busca normar en sede penal un contenido esencial que diferencia aquello que debe (o no) ser punible.

7.2 Sobre el “riesgo vital” y “el peligro para la vida” en la Ley IVE

La indicación terapéutica introducida por la Ley 21.030 señala que se autoriza la interrupción del embarazo cuando “[l]a mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.” Así, la procedencia de la causal acá contemplada gravita sobre los conceptos de vida y de su amenaza o riesgo.

Para fijar el sentido y alcance de la indicación en tanto norma permisiva, debemos indagar en las posibles interpretaciones de los conceptos de “peligro para la vida” y “riesgo vital”.

a) Interpretación lexicográfica

REMESAL; GARCÍA CONLLEDO), *Madrid, Civitas*, 1997, p. 306. En: URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de determinación de la ley penal. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, 2001, P. 10.

³⁰³ Si bien es debatible la forma en que el mandato de taxatividad penal alcanza a las causas de exclusión de punibilidad (en sentido genérico), desde un punto de vista lógico aparece que, aunque fuera en una versión más atenuada, aún hay respecto de ellas una exigencia de determinación.

³⁰⁴ “Mientras que en la formulación de los tipos penales lo que importa es que no sean sobre incluyentes, en la formulación de las causas de justificación lo que importa es que no sean infra incluyentes” En este sentido, aún si opera en sentidos distintos, se reconoce que opera una forma de taxatividad. MORESO, Jose. Principio de legalidad y causas de justificación:(sobre el alcance de la taxatividad). 2001. [Consulta: 20 de julio 2018], disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10219/1/doxa24_19.pdf

La vida se entiende, según la primera acepción de la RAE, como “[f]uerza o actividad esencial mediante la que obra el ser que la posee”; y riesgo como “[c]ontingencia o proximidad de un daño.” En este sentido, riesgo vital es la contingencia o proximidad de un daño a la fuerza o actividad esencial mediante la que obra el ser que la posee. Por su parte, peligro es “[r]iesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Así aparece que semánticamente riesgo vital y peligro para la vida significan lo mismo.

b) Interpretación médica

En la medicina parecen no encontrarse definiciones establecidas de riesgo vital pues se trataría más bien de un estado cambiante de cosas, que parece relacionarse con una situación, en la que, de no mediar una atención médica inmediata, el paciente posee riesgo de muerte o secuela funcional grave. En ese sentido, guarda relación con el concepto de ‘paciente crítico’, por el que se entiende “aquel que sufre de una enfermedad aguda o una exacerbación aguda de una enfermedad crónica con riesgo vital e inestabilidad fisiológica grave y que se juzga que es potencialmente recuperable”³⁰⁵. También se define paciente crítico como aquél “que se halla en riesgo vital actual, inmediato o posible, cuya situación clínica sea reversible, incluyendo el soporte del potencial donante de órganos” y se vincula con gravedad, complejidad y reversibilidad³⁰⁶.

En específico sobre el caso de aborto terapéutico, la OMS no define el riesgo vital, pero en su lugar usa el término ‘near miss’. Define los casos de near miss como aquellos en que una mujer estuvo cercana a la muerte, pero sobrevivió una complicación ocurrida durante el embarazo, parto o puerperio, hasta 42 días del término del embarazo³⁰⁷. Así, en términos prácticos, se consideran casos de near miss aquellos en que una mujer sobrevive condiciones de riesgo vital.

c) Interpretación desde el derecho

³⁰⁵ GRUPO DE ESTUDIOS DE ETICA CLINICA. Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento. Rev. méd. Chile. 2003, vol.131, n.6, pp.689-696.

³⁰⁶ VERA CARRASCO, Oscar. Aspectos Bioéticos en la atención de los pacientes de las unidades de cuidados intensivos. Rev. Méd. La Paz. 2015, vol.21, n.1, pp. 61-71.

³⁰⁷ Traducción libre de WORLD HEALTH ORGANIZATION, et al. Evaluating the quality of care for severe pregnancy complications: the WHO near-miss approach for maternal health. 2011. [Consulta: 30 de agosto 2018] disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44692/9789241502221_eng.pdf;jsessionid=8839EEC71682B71FB2ED98EC4F8C58AE?sequence=1 , p.7.

Como bien advirtió el Tribunal Constitucional en su fallo sobre proyecto de ley de IVE 3 Causales³⁰⁸, la expresión "riesgo vital" no es ajena a nuestro ordenamiento.

La Ley N° 20.584 de 2012 “Que regula los Derechos y Deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud” la utiliza para definir la atención médica de emergencia, a propósito de la hospitalización involuntaria y en relación a los casos en que el facultativo consulte al Comité de Ética del establecimiento si la decisión del paciente en torno a su tratamiento compromete su vida u ocasiona graves daños a su salud.

El DS N° 37, de 2009, con el propósito de facilitar la aplicación de la de urgencias (19.650), señala que “Emergencia o Urgencia: Es toda condición de salud o cuadro clínico que involucre estado de riesgo vital o riesgo de secuela funcional grave para una persona y, por ende, requiere atención médica inmediata e impostergable”, mas no otorga luego una definición de riesgo vital.

Pese a las referencias, ninguna de estas disposiciones señala lo que debe entenderse concretamente por riesgo vital. En relación a la formulación misma de la causal, y bajo la intención vía interpretativa de extender la causal a aspectos relacionados a la salud y no solo al riesgo vital de la mujer, sería posible entender que “un peligro para su vida” refiera a algo diferente que “riesgo vital”. Sin embargo, es ineludible el hecho de que, en nuestra regulación, más bien se trata de expresiones sinónimas, con las que el legislador buscó solamente subrayar que, en tales casos, el efecto de la intervención sería salvar la vida de la madre.

Así entonces podemos concluir que la formulación no se vincula con el concepto de salud de la mujer embarazada, y que ello no fue ingenuo. Aquí no existió una cuestión relativa a la técnica legislativa (en el sentido de que no se supo plasmar adecuadamente una determinada voluntad política), sino una falta de voluntad de reconocer a los intereses de la mujer embarazada alguna relevancia, pues consideró finalmente, que los riesgos para la vida de la madre solo otorgan una autorización cuando tengan el carácter de vital.

³⁰⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 3729, c. 81.

7.3 Riesgo vital en la Norma Técnica³⁰⁹

La Norma Técnica aprobada mediante Resolución Exenta N°129 del 2 de febrero de 2018, establece la regulación específica sobre el “Acompañamiento y Atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21030”. Dentro de los conceptos que viene a complementar, se encuentra el del riesgo vital. Al respecto la norma, junto con reiterar el requisito de un diagnóstico médico para el establecimiento de la causal referida establecido en el artículo 119 inciso primero, parte reconociendo las directrices establecidas por la Organización Mundial de la Salud respecto de la definición de muerte materna, de la que se desprenden elementos relacionados con la mortalidad, como son la morbilidad asociada a embarazo, parto y puerperio³¹⁰, y secuelas permanentes que afectan la salud y calidad de vida futura de la mujer³¹¹.

Respecto del diagnóstico médico, se refiere a las causas que generan la mortalidad o morbilidad materna y a distingue entre las causas directas e indirectas. Además, entrega un listado no taxativo de posibles causales.

Las *causas directas* son las complicaciones provenientes del embarazo, parto o puerperio. Entre las condiciones clínicas contenidas en el listado del reglamento, que cuentan como causas directas, se encuentran: embarazo ectópico, rotura prematura de membranas ovulares asociados a infección intrauterina, síndrome de HELLP, entre otras. Vale mencionar que el listado concluye con “cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante debidamente fundamentada”³¹².

Cabe notar que dentro de las condiciones clínicas que la Norma Técnica pretende mostrar como causales de interrupción voluntaria del embarazo se incluyen condiciones que per se constituyen definición médica de aborto, como son los embarazos anembrionados y las muertes fetales in útero.

³⁰⁹ Para efectos de disipar dudas, cabe mencionar que la Ley IVE establece la remisión a dos reglamentos que mandata a dictar; uno respecto del acompañamiento integral (establecido en el artículo 119 inciso decimotercero) y sobre la objeción de conciencia (contenido en el artículo 119 ter). A nuestro trabajo solo le es pertinente el primero de ellos y es al cual nos referimos, y no sobre la dictación del “Protocolo de Objeción de Conciencia” que también se dictó mediante Resolución Exenta N°61 del 22 de enero de 2018, cuya legalidad se vio objetada por Contraloría General de la República en Dictamen N° 11781 de 9 de mayo de 2018.

³¹⁰ Cabe destacar que, dado el avance de la atención médica de embarazo, parto y puerperio en países con altos estándares de salud, las cifras relevantes ya no se remiten solamente a mortalidad materna sino a la llamada “*near miss*” o morbilidad materna severa. Estas son las complicaciones agudas graves en que la paciente sobrevive, sea que tenga o no secuelas. Esto es ilustrativo de los estándares y objetivos del manejo médico en la actualidad no buscan solamente evitar la muerte de la mujer embarazada, sino evitar el riesgo. SAY, Lale, et al. Maternal near miss—towards a standard tool for monitoring quality of maternal health care. *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 2009, vol. 23, no 3, p. 287-296.

³¹¹ Resolución Exenta N°129 del 2 de febrero de 2018 del Ministerio de Salud. [Consulta: 10 de julio 2018], disponible en http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/02/NORMA-IVE-ACOMPANAMIENTO_02.pdf . p.34.

³¹² Ídem, p. 36.

Las *causas indirectas* corresponden a las enfermedades preexistentes no relacionadas con embarazo, parto y puerperio. Estas condiciones clínicas son de relevancia dado el sostenido aumento que han tenido a nivel mundial, alcanzando un tercio de las causas de muerte materna en el mundo³¹³. Por su parte, en Chile, durante el período 2000 - 2012, éstas representaron la principal causa de muerte materna, con una razón de mortalidad de 6,6 por 100.000 nacidos vivos³¹⁴. Dentro de causas indirectas, destacan las patologías cardiovasculares por su alta prevalencia tanto en Chile como en el resto del mundo. Dentro de la Norma Técnica se señalan ejemplos como: Hipertensión arterial refractaria a tratamiento, Lupus eritematoso con daño renal severo refractario a tratamiento, Neoplasia maligna que requiera tratamiento, entre otros. Es importante notar que este tipo de causas se vuelve cada día más relevante dado el constante aumento de la edad en que las mujeres se embarazan y la mayor prevalencia de enfermedades adquiridas.

Sobre la constitución misma de la causal, la norma reconoce que el riesgo vital puede expresarse de dos formas; riesgo vital inminente, y riesgo vital no inminente. En efecto, señala que, en caso de *riesgo vital inminente*, una vez constatado este diagnóstico por un médico, y así estipulado en la ficha clínica, las acciones estarán destinadas a salvar la vida de la paciente, incluyendo, en caso de ser necesario para ello, la interrupción el embarazo³¹⁵.

Por su parte, en caso de *riesgo vital no inminente*, el diagnóstico deberá ser realizado por un ginecólogo en caso de morbilidades asociadas directamente al embarazo (“causas directas”) y además el especialista correspondiente en caso de patologías concomitantes a la gestación (“causas indirectas”), quienes deberán constatarlo en la ficha clínica y ofrecer a la mujer las diversas alternativas de tratamiento, incluyendo la interrupción voluntaria de embarazo³¹⁶.

³¹³ BRENNAND, Janet, NORTHBRIDGE, Rebecca, et al. Addressing the heart of the issue: Standards of good clinical practice in the shared obstetric and cardiology care of women of childbearing age. Produced by the Royal College of Physicians and Surgeons of Glasgow. [Consulta: 10 de julio 2018] disponible en <https://rcpsg.ac.uk/media/news/1808/addressing-the-heart-of-the-issue.pdf>

³¹⁴ Guía Perinatal 2015, Programa nacional Salud de la Mujer, Ministerio de Salud, Gobierno de Chile. [Consulta: 10 de julio 2018], disponible en www.minsal.cl

³¹⁵ “En caso de riesgo vital inminente, las acciones estarán centradas en la secuencia de reanimación, estabilización hemodinámica de la mujer para derivarla, si fuese posible, o a interrumpir el embarazo si esa fuese la herramienta idónea que le pueda salvar la vida (síndrome hipertensivo del embarazo (SHE) severo; embarazo ectópico roto, etc.). Un médico cirujano define y deja estipulado en la ficha clínica que se debe realizar la interrupción inmediatamente para salvar la vida de la mujer.” Resolución Exenta N°129, cit. pp. 44-45.

³¹⁶ “En caso de riesgo vital no inminente, un ginecobstetra valorará los antecedentes clínicos definiendo el riesgo de vida de la mujer gestante. Esto puede suceder en patologías agudas propias del embarazo (por ejemplo, SHE) y también en patologías crónicas. Estas se consideran causa de muerte materna indirecta (por ejemplo, las mujeres cardiopatas que no resisten el aumento de volemia de un embarazo). En caso de otras patologías concomitantes a la gestación (como algunos cánceres), o en mujeres portadoras de patologías crónicas (como cardiopatías, hipertensión arterial (HTA) severa, enfermedades autoinmunes, etc.), el médico/a gineco-obstetra deberá contar con una evaluación realizada por un especialista con competencias en la

De la normativa precedente fluye que, al igual que su regulación vía ley, se considera una visión restringida del concepto de riesgo vital, que, aunque reconoce un aspecto de mortalidad y morbilidad, exige causales extremas para la mujer, que no integran un concepto de salud global.

7.4. Análisis crítico

La Norma Técnica es un instrumento necesario para la puesta en práctica de la ley. Ella uniforma el acceso a las prestaciones de salud y forma de atención a los pacientes, a la vez que entrega un marco normativo seguro para los profesionales de la salud llamados a operativizar el contenido de la Ley IVE³¹⁷.

La Norma Técnica actualmente vigente materializa el avance que significó en materia de aborto terapéutico la Ley IVE por cuanto consagra explícitamente que el riesgo vital no inminente es también una indicación de interrupción voluntaria terapéutica de embarazo. En este sentido, la Ley IVE 3 Causales logró superar las críticas alzadas por detractores de esta ley, quienes argumentaban que la indicación terapéutica no era necesaria pues ya se encontraría incorporada en el actuar médico.

Por otra parte, la Ley IVE en conjunto con su Norma Técnica centran la decisión de interrupción del embarazo en la paciente, favoreciendo su autonomía. Las interrupciones terapéuticas de embarazo que se hacían previo a esta ley en virtud de la *lex artis* no consideraban el consentimiento de la mujer para su realización dado que ello solo tenía lugar en casos de riesgo vital inminente, en lo que por lo general la mujer no se encontraba con las facultades de poder decidir. Este enfoque en la autonomía no es solo relevante desde el punto de vista de la reivindicación de los derechos de autonomía reproductiva de la mujer, sino que es acorde también a uno de los pilares fundamentales de la bioética³¹⁸.

patología, que señale el riesgo que presenta la mujer El médico deberá dejar por escrito los elementos clínicos que definieron que se constituye la causal.” Ídem.

³¹⁷ En efecto, entre la dictación de la Ley IVE y de su Norma Técnica fue de público conocimiento el caso de una menor con indicación de interrupción de embarazo por tercera causal, a quien el equipo médico correspondiente negó el procedimiento debido a la ausencia de Norma Técnica. En este caso la menor debió ser trasladada desde Chiloé hasta la Región Metropolitana para la realización del procedimiento. El equipo que llevó a cabo el procedimiento debió valerse de las normas no escritas de la *lex artis*. Noticia en COOPERATIVA. Chiloé: *El caso de violación de niña que puso a prueba la ley de aborto*. [Consulta: 19 de julio 2018], disponible en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/aborto/chiloe-el-caso-de-violacion-de-nina-que-puso-a-prueba-la-ley-de-aborto/2017-11-11/072810.html>

³¹⁸ En la bioética se reconocen cuatro principios fundamentales, postulados originalmente por BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F.: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. “Principios de ética biomédica”. Masson, Barcelona, 1999.

Además, la Norma Técnica aborda los métodos sugeridos para la interrupción voluntaria de embarazo, los que se establecen siguiendo las más recientes guías clínicas internacionales³¹⁹. En primer lugar, se sugiere el manejo médico del aborto con los medicamentos Mifepristona³²⁰ y Misoprostol³²¹ (incluyendo por primera vez en el arsenal farmacéutico del país la Mifepristona y admitiéndose el uso ginecológico de Misoprostol que hasta ahora se encontraba prohibido en Chile por ser abortivo). La aprobación de ambos medicamentos es relevante debido a que la tasa de éxito (medido como expulsión completa) es significativamente mayor con el uso combinado de mifepristona más misoprostol (83,8 %) que en el uso de misoprostol solo (67,1%)³²², lo que es positivo porque evita tener que repetir las dosis o realizar intervenciones quirúrgicas. En segundo lugar, cambia el Gold Standard de manejo quirúrgico a la Técnica de Aspiración Endouterina, ya sea manual (AMEU) o eléctrica. El método de aspiración endouterina ha demostrado ser considerablemente más seguro, rápido y menos doloroso que el legrado, utilizado hasta la fecha en Chile. Dentro de las complicaciones del legrado uterino se encuentran la laceración cervical, síndrome de Asherman (sinequias intrauterinas post procedimiento), infecciones y perforación uterina, alcanzando esta última en la literatura una frecuencia de hasta 5,1%³²³. Por su parte, las tasas de complicaciones mayores en la aspiración endouterina, correspondientes a requerimiento de nueva intervención quirúrgica, hemorragia que requiera transfusión sanguínea y perforación uterina que requiera reparación, tienen una frecuencia menor o igual al 0,1% del total de procedimientos³²⁴. En relación a las complicaciones menores, son estadísticamente significativas las diferencias entre aspiración y legrado en cuanto a pérdida sanguínea, dolor y duración del procedimiento³²⁵.

Por lo demás, la aspiración es ventajosa por motivos económicos, ya que su realización no requiere la presencia de un anestesista porque la anestesia es administrada por el propio ginecólogo de forma local; bloqueo paracervical o intracervical³²⁶. Por este mismo motivo puede realizarse en forma ambulatoria.

³¹⁹ OMS. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición, 2012. [Consulta: 10 de julio 2018], disponible en www.apps.who.int

³²⁰ OMS. Manual de práctica, ob.cit.

³²¹ MORRIS, Jessica L., et al. FIGO's updated recommendations for misoprostol used alone in gynecology and obstetrics. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 2017, vol. 138, no 3, p. 363-366.

³²² SCHREIBER, Courtney A., et al. Mifepristone Pretreatment for the Medical Management of Early Pregnancy Loss. *New England Journal of Medicine*, 2018, vol. 378, no 23, p. 2161-2170.

³²³ WORD, Buford; GRAVLEE, L. Clark; WÍDEMAN, Gilder L. The fallacy of simple uterine curettage. *Obstetrics & Gynecology*, 1958, vol. 12, no 6, p. 642-648.

³²⁴ WHITE, Kari; CARROLL, Erin; GROSSMAN, Daniel. Complications from first-trimester aspiration abortion: a systematic review of the literature. *Contraception*, 2015, vol. 92, no 5, p. 422-438.

³²⁵ FORNA, F.; GÜLMEZOGLU, A. M. Procedimientos quirúrgicos para la evacuación del aborto incompleto (Revisión Cochrane traducida). *La Biblioteca Cochrane Plus*, 2008, no 4.

³²⁶ MANKOWSKI, Jennifer L., et al. Paracervical compared with intracervical lidocaine for suction curettage: a randomized controlled trial. *Obstetrics & Gynecology*, 2009, vol. 113, no 5, p. 1052-1057.

Pero todo lo mencionado no ha sido suficiente. Tanto la Ley IVE como la Norma Técnica construyen la indicación terapéutica de interrupción voluntaria de embarazo en torno al riesgo vital.

Siendo la salud definida por la OMS como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³²⁷, un sistema con énfasis en el riesgo vital no alcanza a contener la salud, exponiendo a la mujer embarazada a un intervalo de riesgo dado por la brecha entre el riesgo vital y la salud entendida como un estado de bienestar biopsicosocial.

El problema por ello presentado no es solo el *near miss*³²⁸ al que se expone a las mujeres, sino que también las inconsistencias que genera: por un lado, es disonante con el actual desarrollo médico disponible y no impone entonces un real baremo a nuestras políticas públicas de acceso a salud materna; ya no podemos medir el éxito o fracaso de nuestro sistema de salud en torno a indicadores tan gruesos como son la mortalidad, ya que dan cuenta de números absolutos relativamente bajos, sino que debemos afinar nuestros instrumentos de medición acorde se afinan las posibilidades de cuidado obstétrico.

Por otro lado, todo demuestra que tanto la Ley IVE como la Norma Técnica tienen como bien jurídico la vida de la mujer, ya que precisamente imponen esperar a que la mujer se encuentre ante un riesgo vital para acceder al tratamiento. En nuestra opinión la norma debió considerar un concepto global de salud, como el propuesto por la OMS³²⁹, y correspondiente al estándar mundial en materia de salud. El problema que esto presenta es que justamente sólo ampara el derecho a la vida de la mujer, dejando en alguna medida sin protección su derecho fundamental a la integridad física y psíquica, así como su derecho fundamental a la salud.

Es en este sentido que la Norma Técnica resulta excesivamente restringida, no solo por no atender a la salud de las mujeres embarazadas, sino que también porque las indicaciones contenidas en su catálogo ‘no taxativo’ son insuficientes, y así también es insuficiente entonces la indicación por riesgo vital. En

³²⁷ OMS. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

³²⁸ En ese sentido, y dadas las bajas tasas de mortalidad materna a las que han conducido las políticas públicas de salud del país, así como los avances en la medicina, el énfasis actual se encuentra ya no en la mortalidad sino en el *near miss*. SAY, Lale, et al. *Maternal near miss—towards a standard*, ob. cit.

³²⁹ Como “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, que constituye el primer principio de la OMS. Constitución de la OMS. Documentos Básicos. XV Asamblea. 1964.

efecto, por ejemplo, los casos de enfermedades psiquiátricas con intentos suicidas y las trombofilias adquiridas o secundarias son casos en que la vida de la mujer se encuentra efectivamente en riesgo, pero no se encuentran incluidos en el listado de la Norma Técnica.

Y es que, la Norma Técnica no solo delimita en la praxis el actuar médico -ya que el grueso de los profesionales de la salud no practicará interrupciones voluntarias de embarazo fuera de las indicaciones en ella enunciadas por las dificultades probatorias de la *lex artis* que avalase su actuar- sino también lo delimita en tanto la *lex artis* no es un criterio uniforme. En este sentido es que la *norma técnica constituye materialmente la lex artis médica* en esta materia, lo cual es problemático en dos sentidos.

Por un lado, en el mejor de los casos, aun cuando los profesionales de la salud se animasen a actuar fuera de las indicaciones enunciadas en esta norma en protección de la vida de su paciente, ello envuelve el *problema de los diversos criterios de riesgo*, dados no sólo por los criterios personales del médico sino también por la situación particular del centro hospitalario. Esto redundaría en un desigual acceso al derecho a la salud. Por otro lado, la *delegación en una norma técnica de lo que constituye riesgo vital, genera la determinación de su contenido en una norma jerárquicamente inferior* (norma técnica). Dicho de esa forma, la norma deja abierta la comprobación de cuándo se configura su enunciado semántico, constituyendo una especie de ley penal en blanco.³³⁰

Un segundo orden de críticas revela comprobar la no incorporación de un concepto de salud en la indicación terapéutica (así como también en las normas complementarias que la regulan y demarcan), constatando que nuestro legislador estableció una disposición anticuada en atención a las políticas de salud actuales impuestas por diversos indicadores reconocidos en otras regulaciones. De ello se infiere también que la norma es denigratoria para la mujer, en tanto considera casos extremos para protegerla, y en ese sentido no considera ni reconoce su autonomía reproductiva.

³³⁰ Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que las leyes penales en blanco propias (aquellas que son complementadas por una norma de rango infra legal, como es en este caso) no contravienen el mandato constitucional de determinación en tanto cumplan tres requisitos: (1) que la norma de rango legal exprese el núcleo central de la conducta punible; (2) que en el mismo texto legal efectúe expresamente la remisión a la norma complementaria; y (3) que la norma complementaria de rango infra legal satisfaga el mandato de determinación. En este caso el establecer con certeza la concurrencia de los requisitos es complejo toda vez que la norma no establece una conducta típica, sino que justamente describe una causa de justificación. Pese a ello, podría considerarse justamente que el núcleo de la conducta lo constituye la “interrupción de (su) embarazo” que “evite un peligro para (su) vida”, y al remitirse expresamente a las normas Técnica y De acompañamiento, es dable considerarla ajustada a derecho en los términos del Tribunal Constitucional. Por lo demás, nuevamente, al no tipificar esta ley una conducta sino importar un permiso, la objeción por constituir una especie de ley penal en blanco podría resultar controvertida. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol n° 1432 (2010)

8. Conclusiones

1° Establecido que los diversos tratados internacionales mencionados han sido ratificados y promulgados en Chile y son vinculantes para el Estado de Chile, la obligación de protección de los derechos humanos allí reconocidos a todos los habitantes de la República debe concretarse en proteger los derechos de las mujeres y de ponderarlos frente a la penalización del aborto en nuestro país. Aun cuando en un inicio dieron pasos contrarios, **hoy tanto nuestra legislación como jurisprudencia han reconocido que no puede existir una penalización absoluta del aborto en indicaciones extremas en que la vida o salud (de la mujer o el feto) peligran.**

Especial mención, para efectos de dilucidar ciertas discusiones relevantes en torno a al feto y cómo debe ser protegido, ha sido el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la actual Ley IVE. Cabe también hacer presente que la magistratura reconoce que **la maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer, pues no somos un medio instrumental del cual puede disponer la sociedad o el órgano estatal.**

Sobre los diversos sistemas de despenalización existentes en el mundo, nos parece que **aquel que consiga un mejor reconocimiento de los conflictos de derechos y objetos de protección que resguardan la vida, es un sistema mixto**, en que se distingue un primer período en que existe libertad de abortar, y luego de una determinada cantidad de semanas, un segundo período en que hay un sistema de indicaciones sobre la prohibición general de abortar. De esta forma se atendería tanto la autonomía reproductiva de la mujer, en una primera fase, y la protección de la vida del no nacido, cuando éste alcanza un determinado estadio de desarrollo, en concordancia a su vez con lo señalado por cierta parte de la ciencia médica.

2° En lo relativo al delito de aborto en general, cabe concluir lo siguiente:

El fundamento de protección de la vida del feto como bien jurídico corresponde, por una parte, al interés contingente en la propia supervivencia que pueda tener un ser capaz de experimentar sensaciones, y por otra, la expectativa de que ese ser se convierta en persona y, como tal, adquiera el estatus normativo que esa posición deóntica importa. Bajo estas consideraciones **nuestro sistema, siendo coherente con el fundamento de protección subyacente, está abierto y es capaz de sustentar modificaciones orientadas a despenalizar el aborto bajo otros supuestos que reconozcan el amplio espectro de otras buenas razones que pueda tener una mujer para**

interrumpir su embarazo. Esto quiere decir que nuestro derecho es compatible con un sistema de aborto libre supeditado a plazos. El mandato constitucional de protección a la vida del feto puede concretarse, por ejemplo, en un delito de lesiones al feto, el que podría incluso ser más idóneo (en atención al aludido fundamento) para la concreción de una protección de la vida del feto en tanto futura persona.

Dentro de la misma discusión, es menester a su vez distinguir si los bienes jurídicos, primero, requieren siempre de una titularidad atribuible a un sujeto de derechos, y segundo, si la titularidad sobre un bien jurídico lleva siempre asociada la exigibilidad de protección como un derecho. Respecto de eso, concluimos que los bienes jurídicos no requieren siempre de un titular y que **es posible otorgarle a la vida del feto una protección sin otorgarle un derecho, ni la calidad de persona.** En ese mismo sentido nuestro TC ha llevado su reflexión.

Respecto entonces de la forma en que el ordenamiento debe dispensar protección a la vida del feto, consideramos que existen formas más aptas de regulación, que evitan imponer la carga de este mandato constitucional como si fuese absoluta o sin restricción posible. **El mandato constitucional de protección de la vida del que está por nacer se concreta -aun de forma carente- en diversos ámbitos jurídicos, y ciertamente no se exige deba ser protegido a través de la punibilidad, en consonancia con el principio de ultima ratio del derecho penal.** Por lo demás, requerimos generar sistemas de regulación más complejos, que contengan además de prohibiciones también prestaciones y obligaciones sociales y estatales, que eviten cargar el peso del mandato constitucional de protección de la vida del feto en las solas mujeres embarazadas.

Sobre los fundamentos de justicia política, reconocemos que de lege lata **existe un deber general de tolerancia de la mujer respecto del embarazo**, lo que importa un cierto grado de afectación de sus intereses personalísimos. Así, la prohibición genérica pero no absoluta de no matar al nasciturus tiene como correlato una exigibilidad diferenciada del deber de tolerancia impuesto a la mujer. Por otro lado, consideramos que **la disputa para quienes aboguen por el reconocimiento pleno de la autonomía reproductiva de la mujer es entonces determinar y explicitar las otras situaciones que imponen un grado de afectación de los intereses personalísimos de ésta por sobre la afectación inherente al embarazo** de forma tal que pongan en cuestión la exigibilidad del deber de tolerarlo.

Sobre una caracterización del delito de aborto, podemos señalar, en primer lugar, que es **típicamente un delito comisivo. En cuanto a las hipótesis de comisión por omisión** que ha planteado la doctrina,

nos parece que no ha lugar a crear doctrinariamente posiciones de garante que nuestro código no establece toda vez que ella no contribuye a la reconstrucción de un sistema penal coherente con el sistema de derecho en que se inserta. En segundo lugar, nos parece que, en los términos actuales, es claro que el delito de aborto consentido es un **delito de resultado** en tanto se requiere que se produzca bien la expulsión o la muerte (o ambos) del feto. Esto descarta, bajo la configuración actual, un delito de lesiones al feto. En tercer lugar, el tipo de delito porta un **elemento subjetivo dado por la expresión “maliciosamente”, del cual reconocemos no hay una posición única sobre su clasificación dentro del dolo y las implicaciones probatorias que ello acarrea.**

3° Sobre el concepto de aborto terapéutico, verificamos que existen múltiples diferencias entre el lenguaje médico y jurídico al momento de abordar su significado, y con ello sus implicancias. Dentro de las diferencias constatadas, una relevante son los **momentos diferentes en que se configura el aborto;** en lenguaje médico antes de las 22 semanas de gestación, al no existir un desarrollo completo del sistema respiratorio del feto, se considera un aborto. Luego de tal hito se denomina parto prematuro, diferencia sustancial con el lenguaje jurídico toda vez que, como ya mencionamos, en nuestro ámbito el aborto abarca hasta el momento en que el nasciturus se transforma en persona (momento desde el cual el delito que se configuraría sería el de infanticidio), lo que ocurre con la cesura del parto. Es decir, en términos jurídicos podemos encontrarnos con abortos posteriores a las 22 semanas, lo que en términos médicos es imposible. Otra importante diferencia se observa en que en el **lenguaje médico un aborto puede ser espontáneo o inducido, mientras que el lenguaje jurídico, el aborto es siempre el resultado de una acción humana.** Dada la complejidad de la discusión, **aun cuando el derecho se tome de la medicina y sus usos y conceptos para guiar y determinar los contornos, la regulación es siempre un ámbito normativo en el que la medicina cumple una función complementaria.**

4° Sobre el problema dogmático, analizando la naturaleza de la causa de justificación contenida en el artículo 119 del Código Sanitario, podemos afirmar:

En primer lugar, **no estamos ante una causal de exculpación,** estamos ante una causal de justificación que autoriza a realizar la acción e implica que no se da lugar al injusto. En este caso, descartándose la verificación de delito alguno, no puede predicarse de la conducta una ‘disculpa’ en atención a determinadas circunstancias del sujeto que realiza la acción. En segundo lugar, podemos afirmar que **las causales de justificación constituyen normas permisivas** en cuanto redefinen el estatus deóntico de un determinado comportamiento. En tercer lugar, una vez arribada la conclusión de que con causas que excluyen la punibilidad de la conducta, nos hemos preguntado cuál es su *ubicación*

dentro del sistema de causas de justificación, concluyendo que la causa de justificación del aborto terapéutico introducida por la nueva Ley IVE es, en cuanto a la técnica legislativa, **una causal específicamente consagrada, pero que materialmente encarna un estado de necesidad defensivo.**

5° Sobre la naturaleza normativa de la justificación, logramos discurrir sobre las distintas posiciones en que la literatura ha ubicado la norma permisiva, así como también, la relación en que se encuentra respecto de la norma prohibitiva general de realizar un aborto. Tras un análisis desde la teoría de las normas, así como de la pertinencia o necesidad de utilización de la TENT, llegamos a dos conclusiones generales. Primero, que la norma permisiva contenida en la Ley IVE, tiene una aplicabilidad de carácter externo, es decir, que no modifica la norma prohibitiva general de abortar, sino solo extrae casos de su ámbito de aplicación, encontrándose ambas en **relación de subordinación, antinomia que es resuelta mediante la aplicación del criterio de especialidad.** En segundo lugar, que la disposición establecida en la Ley IVE **contiene una permisón y un mandato a la vez, pero dirigidos a distintos sujetos.** Contiene una permisón en tanto genera, para un grupo de casos, la exclusión de la aplicabilidad de la prohibición general de interrupción del embarazo –y en la cual se mantiene en relación lógica de dependencia o subordinada a la existencia de la norma prohibitiva- y contiene un mandato, dirigido al Estado, consistente en el deber de otorgar el acompañamiento y las prestaciones de salud suficientes para poder ejecutar un aborto.

Bajo ese entendido, podemos afirmar que **estaríamos ante un derecho a abortar**, lo que puede establecerse claramente de acuerdo a distinción de Von Wright, en tanto nuestra norma contiene un **permiso para abortar (*lato sensu*), que prohíbe a otros impedir la acción (*right*), y por otro lado contiene un mandato (*claim*), de carácter administrativo, en tanto establece un deber del Estado para con la mujer que decide ampararse bajo dicho permiso o autorización.**

6° Una vez establecido el carácter dual de las normas contenidas en la Ley IVE, así como la aplicabilidad del permiso que contiene, en tanto aparenta colisionar con la prohibición penal de aborto, indagamos sobre la naturaleza y alcance tanto de ese permiso, como de la norma de carácter administrativo. De ello, pudimos extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, que tanto la Ley IVE como la Norma Técnica **construyen la indicación terapéutica en torno al riesgo vital y no utiliza como parámetro la salud, exponiendo a la mujer embarazada a un intervalo de riesgo dado por la brecha entre el riesgo vital y la salud entendida como un estado de bienestar biopsicosocial.** En segundo lugar, constatamos que la Norma Técnica resulta

excesivamente restringida, no solo por no atender a la salud de las mujeres embarazadas, sino que también porque las indicaciones contenidas en su catálogo ‘no taxativo’ son insuficientes y **constituyen materialmente la lex artis médica**, en tanto el grueso de los profesionales de la salud no practicará interrupciones voluntarias de embarazo fuera de las indicaciones en ella enunciadas, pues por un lado, existen problemas sobre los diversos criterios de riesgo, y por otro, más relevante para nuestros efectos, la **delegación en una norma técnica de lo que constituye riesgo vital, genera la determinación de su contenido en una norma jerárquicamente inferior**. Dicho de esa forma, la norma deja abierta la comprobación de cuándo se configura su enunciado semántico, constituyendo, en ese sentido, una **especie de ley penal en blanco**.

Finalmente, dentro de ciertas reflexiones generales, el avance del legislador en esta materia ha sido principalmente el reconocimiento de que abortar bajo las indicaciones contenidas en la Ley IVE **convierte dicha acción en una actividad lícita en otros ámbitos del ordenamiento jurídico**. Así, no será posible perseguir en sede de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) a la mujer o al médico (y/o equipo médico) que ejecute un aborto dentro de ella y, por otra parte, al situarlo en la esfera de la licitud, la mala práctica o falta de servicio en la práctica de abortos también puede dar lugar a responsabilidad por negligencia médica, por ejemplo. De la misma forma, el Código Sanitario, impide fraguar responsabilidad administrativa por dichas acciones en contra de los médicos solo por el hecho de ejecutar un aborto.

Otro aspecto importante es que configura, en cierto sentido, un **derecho a abortar** (en tanto otorga una pretensión de exigibilidad al Estado) con lo que se principia un reconocimiento – aunque sutil – del **ejercicio de la autonomía sexual y reproductiva de las de las mujeres**. Con ello, además, sitúa conflictos derivados del ámbito reproductivo ya no dentro de la esfera privada de cada mujer, sino como un interés colectivo, cuya resolución compete a la sociedad toda. Así, aun cuando mantiene la decisión en el ámbito de la individualidad (concretamente, el consentimiento), reconoce en el conflicto una esfera que debe ser amparada y garantizada por la sociedad, a través del aparato estatal. Interesante reflexión en tanto **permite abrir su consideración a otras áreas del derecho, especialmente relacionadas con el cuidado de hijos, ancianos o enfermos**, en las que una importante carga se ha impuesto estructuralmente a las mujeres, y se ha mantenido amparada bajo el velo de la esfera privada, lo que impide enfrentar las desigualdades y dificultades que implica para el libre desarrollo de sus vidas y personalidades.

Con todo, no es posible soslayar que, al no reconocer la salud dentro de la indicación terapéutica, **el legislador estableció una disposición anticuada en atención a las políticas de salud actuales y los estándares de acceso a ella**, reconocidos en diferentes regulaciones de nuestro país. De ello se infiere también que la norma es **denigratoria para la mujer, en tanto considera casos extremos para protegerla, y en ese sentido, no es posible afirmar que constituye un reconocimiento a su autonomía sexual y reproductiva, sino más bien es – finalmente – solo una reafirmación del reconocimiento a su derecho a la vida.**

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA, Juan Domingo. Artículo 10 n° 7 y 11 del Código penal. Algunos criterios de delimitación. *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago: Legal Publishing, 2013.
2. AHUMADA Ruiz, María Ángeles. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8. Enero-abril 1991, Madrid, España.
3. BASCUÑÁN R, Antonio. Límites a la autorización legal del aborto consentido según la jurisprudencia constitucional chilena. *Aborto y derechos reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina*. Ediciones UDP, Santiago (2016) pp. 171-206
4. _____. La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. *Revista Derecho y Humanidades*, N°10, 2004; pp. 143-181.
5. _____. El delito de aborto. Apuntes editados para los estudiantes de Derecho Penal de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2007.
6. _____. La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Estudios Públicos*, 2004, vol. 95, p. 43 - 89.
7. BCN [*Biblioteca del Congreso Nacional*]. Informe Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo. [Consulta: 19 de mayo 2018], disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21553/1/BCN_Aborto%20en%20Chile.%20Antecedentes%20historicos%20del%20marco%20normativo_final_v5.docx
8. BCN. Historia Fidedigna de la Ley 18.826 de 24 de agosto de 1989. [Consulta: 27 de junio 2017], disponible en https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37418/1/HL_18826.pdf
9. BCN. Historia de la Ley 21.030 de 23 de septiembre de 2017. [Consulta: 27 de junio 2017], disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6701/>
10. BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F.: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. “Principios de ética biomédica”. Masson, Barcelona, 1999.
11. BESIO R, Mauricio. Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico. *Boletín de la Escuela de Medicina*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 27. N°1 1998.
12. BRENNAND, Janet, NORTHBRIDGE, Rebecca, et al. Addressing the heart of the issue: Standards of good clinical practice in the shared obstetric and cardiology care of women of childbearing age. Produced by the Royal College of Physicians and Surgeons of Glasgow.

- [Consulta: 10 de julio 2018] disponible en <https://rcpsg.ac.uk/media/news/1808/addressing-the-heart-of-the-issue.pdf>
13. BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Chileno. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*, 1993.
 14. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal. Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
 15. CARINO, Giselle; GONZÁLEZ V, Ana Cristina; DURÁN, Juanita. Aborto Legal: Regulaciones sanitarias comparadas. 2008, [Consulta: 31 de agosto 2018] disponible en https://www.ippfwhr.org/sites/default/files/aborto_legal.PDF
 16. CASTILLO, Alejandra. Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa. Defensoría Penal Pública de Chile, 2010. [Consulta: 25 de septiembre 2018], disponible en <http://dpp.multinetlabs.com/resources/upload/d94a57f340a1eb8245508ee628145667.pdf>
 17. CAT [Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes] Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. [Consulta: 16 de mayo 2018] Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1>
 18. CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile. [Consulta: 16 de mayo de 2018]. Disponible en: <http://acnudh.org/comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-contr-la-mujer-cedaw-chile-2006-solo-en-ingles/>
 19. CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012) [Consulta: 16 de mayo 2018] Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>
 20. CHÍA, Eduardo A.; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la sentencia Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de derechos humanos. *Estudios constitucionales*, 2014, vol. 12, no 1, p. 567-588
 21. COCA VILA, Ivó. Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo. *Revista para el análisis del derecho. Indret*, 2011, vol. 1
 22. COOPERATIVA. Chiloé: *El caso de violación de niña que puso a prueba la ley de aborto*. [Consulta: 19 de julio 2018] disponible en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/aborto/chiloe-el-caso-de-violacion-de-nina-que-puso-a-prueba-la-ley-de-aborto/2017-11-11/072810.html>
 23. COLEGIO MÉDICO DE CHILE. (COLMED). Declaración del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile, en relación al aborto terapéutico. 2003. [Consulta: 19 de julio 2018] disponible en <http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2015/08/Aborto.pdf>

24. CORTE SUPREMA, Sentencia Rol 2186-01 de 20 de agosto de 2001.
25. CORTE SUPREMA, Sentencia Rol 1039-05 de 25 de noviembre de 2005.
26. CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
27. CURY, Enrique. El estado de necesidad en el Código Penal chileno. *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, 2013, p. 249-266
28. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
29. DIDES, Claudia; BENAVENTE, Cristina; SÁEZ, Isabel. *Estudio de opinión pública sobre aborto Brasil, Chile, México, Nicaragua*. Flacso Chile, 2010.
30. DIEZ R., José Luis. Bien jurídico Protegido y Objeto Material del delito de aborto. *la obra colectiva: Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal*, 2005, vol. 9.
31. DONOSO S., Claudia. Despenalización del aborto en Chile: Una cuestión de justicia social. *Acta bioethica*, 2016, vol. 22, no 2, p. 159-167.
32. DOYHARCABAL CASSE, Solange. El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada. *Revista Chilena de Derecho*, 1994, p. 307-319.
33. ESER, Albin. Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán. Evolución y primeras experiencias. *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro – homenaje al profesor Antonio Berstein*. Instituto Vasco de criminología, 1989. pp.719 – 739.
34. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. III.
35. FORNA, F.; GÜLMEZOGLU, A. M. Procedimientos quirúrgicos para la evacuación del aborto incompleto (Revisión Cochrane traducida). *La Biblioteca Cochrane Plus*, 2008, no 4.
36. GARRIDO M, Mario. Derecho penal. *Parte general*, 2001, vol. 1.
37. GARRIDO M, Mario. Derecho penal. Parte especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile. *Santiago*, 2002.
38. GAUCHE, Ximena. Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Ediciones UDP, LOM, Santiago (2016).

39. GIMBERNAT O, Enrique. Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem. *Festschrift für Hans*, 1974.
40. GUZMÁN, José Luis. Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2012, no 17, p. 17-51.
41. HENRIQUEZ, Miriam. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 6, n. 2, p. 73-119, 2008. [Consulta: 18 de mayo 2018], disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100004>.
42. KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal. *EL MISMO*, Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho, Barcelona (Alfa), 1989, p. 55-73.
43. KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret*, 2009, no 1.
44. HRUSHKA, Joachim. Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2004, vol. 57, no 1, p. 5-18.
45. LAURENZO C, Patricia. Reforma del aborto en España. La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración. ISBN 978-607-610-412-5, p. 384.
46. LAURENZO C, Patricia. El aborto no punible. Editorial Bosch cas, SA, primera edición. España, 1990.
47. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, traducción de la 18a edición alemana por Quintiliano Sandaña, Madrid, 1929, Tomo II, pp. 330 y 331
48. MANKOWSKI, Jennifer L., et al. Paracervical compared with intracervical lidocaine for suction curettage: a randomized controlled trial. *Obstetrics & Gynecology*, 2009, vol. 113, no 5, p. 1052-1057.
49. MAÑALICH, Juan Pablo. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, 2014, no 23.
50. _____. Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista chilena de derecho*, 2014, vol. 41, no 2, p. 473-522.
51. _____. 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 (Valdivia)*, 2011, vol. 24, no 1, pp. 87-115.

- 52._____. Bases para una teoría comparativa del hecho punible. Rev. Jur. UPR, 2006, vol. 75.
- 53._____. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2003, no 3, p. 145-161.
- 54.MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Manual de derecho penal chileno: parte especial. 2017.
55. MAYER LUX, Laura. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. *Revista de Derechos Fundamentales*, 2011, no 5, p. 63-80.
- 56.MERKEL, Reinhard. Der Schwangerschaftsabbruch. En: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (ed.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Boorberg, 2007.
- 57.MIRANDA, Alejandro. ¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto. *Acta Bioethica*, Universidad de los Andes, 2014; 20 (2), pp. 159-168.
- 58.MINSAL. Guía Perinatal 2015, Programa nacional Salud de la Mujer, Ministerio de Salud, Gobierno de Chile. [Consulta: 10 de julio 2018], disponible en www.minsal.cl
- 59._____. Resolución Exenta N°129 del 2 de febrero de 2018 del Ministerio de Salud. [Consulta: 10 de julio 2018], disponible en http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/02/NORMA-IVE-ACOMPANAMIENTO_02.pdf .
- 60.MONGE, Antonia. Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo. *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, 2005, p. 245-262.
- 61.MORESO, Jose. Principio de legalidad y causas de justificación:(sobre el alcance de la taxatividad). 2001. [Consulta: 20 de julio 2018], disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10219/1/doxa24_19.pdf
- 62.MUÑOZ C, Francisco. Derecho penal parte especial. Decimoquinta edición, revisada y puesta al día. Trant le Blanch, Valencia, 2004
- 63.MORRIS, Jessica L., et al. FIGO's updated recommendations for misoprostol used alone in gynecology and obstetrics. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 2017, vol. 138, no 3, p. 363-366.
- 64.MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Tirant lo blanch, 2004, p. 230.
- 65.NAVARRO, Pablo E.; MORESO, José Juan. Applicability and effectiveness of legal norms. *Law and Philosophy*, 2005, vol. 16, no 2

- 66.OHCHR [*Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*].
Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos para América Latina y
el Caribe (1977-2004), p.99 [Consulta: 16 de mayo de 2018] Disponible en:
[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion(1977-2004).pdf)
- 67._____. Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos
Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe, (1989-2004) [Consulta: 16 de
mayo de 2018.] Disponible en:
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf
- 68.OMS. Manual de práctica clínica para un aborto seguro, 2014. [Consulta: 19 de junio 2018],
disponible en: apps.who.int/iris/bitstream/10665/134747/1/9789243548715_spa.pdf
- 69._____. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición,
2012. [Consulta: 10 de julio 2018], disponible en www.apps.who.int
- 70._____. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud
- 71.ORTIZ DE URBINA, Íñigo. De moscas y agresores muertos. InDret, 2008, no 3.
- 72.OSSANDON, Magdalena. La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación
objetiva y subjetiva en el delito de aborto. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*,
Sección: Estudios Año 18 - N° 2, 2011 p. 103-136
- 73._____. Aborto y justificación. *Revista chilena de derecho*, 2012, vol. 39,
no 2, p. 325-369.
- 74._____. Los elementos descriptivos como técnica legislativa:
consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza. *Revista de
derecho (Valdivia)*, 2009, vol. 22, no 1, pp. 159-183.
- 75.PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídicopenal: El ejemplo del
estado de necesidad agresivo justificante. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2017, no 26, p. 222-
247.
- 76.PÉREZ, Alfredo y DONOSO, Enrique. *Obstetricia*. Cuarta edición, Santiago, 2011.
- 77.PERSAUD, Moore; MOORE, Keith L. *Embriología clínica*. Editorial Elsevier Science. Madrid,
España, 2004.
- 78.POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. *Lecciones de derecho penal chileno parte especial*. Segunda
edición actualizada. Editorial Jurídica Chilena, 2004
- 79.POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco. *Derecho penal chileno. Parte
especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2° edición. Santiago, Editorial
Jurídica de Chile, 1998, pp. 152 y ss.

80. PUIG, Santiago. Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1994, vol. 47, no 1, p. 5-28.
81. _____ . Derecho Penal Parte General. 9º edición. Barcelona, 2011. Editorial Reppertor.
82. RAHMAN, Anika; KATZIVE, Laura; HENSHAW, Stanley K. A global review of laws on induced abortion, 1985-1997. *International Family Planning Perspectives*, 1998, pp. 56-64.
83. ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal. *Ariel Barcelona*, 1989.
84. ROXIN, Claus. Dogmática Penal y Política Criminal. Lima, Perú. Ídem. 1996.
85. _____ . Derecho Penal: Parte General, Tomo I. Madrid, España. Civitas .1997
86. RUBIO, Gonzalo. Ginecólogo Obstetra residente Ginecología y Obstetricia, Universidad de Santiago de Chile. Jefe de Salud Sexual y Reproductiva del Hospital San José, área encargada de llevar a cabo los procedimientos conforme a IVE tres causales. También Consejero Regional de Santiago del Tribunal de Ética del Colegio Médico de Chile. Contacto: g.rubiosch@gmail.com.
87. SAY, Lale, et al. Maternal near miss—towards a standard tool for monitoring quality of maternal health care. *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 2009, vol. 23, no 3, p. 287-296
88. SCHREIBER, Courtney A., et al. Mifepristone Pretreatment for the Medical Management of Early Pregnancy Loss. *New England Journal of Medicine*, 2018, vol. 378, no 23, p. 2161-2170.
89. SEGALL, David. Estado de necesidad defensivo y aborto. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013.
90. CIDH, Sentencia Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012
91. SEPULVEDA, Waldo. Seminario Diagnóstico Prenatal, Aspectos Clínicos y Éticos. Departamento Ética, COLMED. (20 abril de 2015, Santiago de Chile). [Consulta: 31 de agosto 2015] disponible en <http://www.colegiomedico.cl/default.aspx?tabid=760&ArticleId=2299> .
92. THE WORLD ABORTION LAWS 2018, [Consulta: 10 de junio 2018] en worldabortionlaws.com
93. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 3729 de 28 de agosto de 2017.
94. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 740-07 de 18 de abril de 2008.

95. UNITED NATIONS. Department of economic and social affairs. Population division. *World Abortion Policies 2007*. [Consulta: 31 de agosto 2018] disponible en http://www.un.org/esa/population/publications/2007_Abortion_Policies_Chart/2007_WallChart.pdf
96. URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de determinación de la ley penal. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, 2001, P. 10.
97. VALENZUELA, Carlos Y. Ética científica del aborto terapéutico. *Rev. méd. Chile*. 2003, vol.131, n.5, pp.562-568.
98. VALENZUELA, María Teresa, et al. Aborto, ¿Es un problema de salud pública en Chile en el campo de la salud materno-perinatal? *Revista médica de Chile*, 2017, vol. 145, no 8, p. 1013-1020. ISSN 0034-9887.
99. VARGAS, Tatiana. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N 11. Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, Reuters Thomson, Santiago, 2013, p. 743-774.
100. VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho penal parte general. Tomo II Editorial Jurídica. Santiago, 2009.
101. WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2013, no 40, p. 281-319.
102. _____. Injusto, justificación e imputación. *La antijuridicidad en el Derecho penal, Montevideo/Buenos Aires: BdeF*, 2013, p. 99-176.
103. WILENMANN, Javier. El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno: Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2014, vol. 27, no 1, p. 213-244.
104. WHITE, Kari; CARROLL, Erin; GROSSMAN, Daniel. Complications from first-trimester aspiration abortion: a systematic review of the literature. *Contraception*, 2015, vol. 92, no 5, p. 422-438.
105. WORD, Buford; GRAVLEE, L. Clark; WÍDEMAN, Gilder L. The fallacy of simple uterine curettage. *Obstetrics & Gynecology*, 1958, vol. 12, no 6, p. 642-648.
106. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Abortion Laws, a survey of current world legislation*. Geneva, 1971. [Consulta: 19 de junio 2018], disponible en <http://apps.who.int/iris/handle/10665/41924>
107. _____. et al. Evaluating the quality of care for severe pregnancy complications: the WHO near-miss approach for maternal health. 2011. [Consulta: 30 de agosto 2018] disponible en

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44692/9789241502221_eng.pdf;jsessionid=8839EEC71682B71FB2ED98EC4F8C58AE?sequence=1

108. ZUNIGA F, Alejandra. Aborto y derechos humanos. *Rev. derecho (Valdivia)*. 2011, vol.24, n.2 [Consulta: 31 de agosto 2018], disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200007> ISSN 0718-0950.
109. ZÚÑIGA, Yanira. Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Ius et Praxis*, 2013, vol. 19, no 1, p.