



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

EL FUNDAMENTO DE LA INDICACIÓN EMBRIOPÁTICA DEL ARTÍCULO 119 N° 2 DEL CÓDIGO SANITARIO

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

AUTORA:
ROSARIO ISIDORA QUINTEROS MAFFETT

PROFESOR GUÍA:
JAVIER CONTESSE SINGH

SANTIAGO DE CHILE
2019

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO CHILENO. REVISIÓN DE SUS FUNDAMENTOS.....	7
1. La regulación penal y sanitaria del aborto a la luz del juicio de ponderación de intereses.....	7
1.1. El Código Penal de 1874.....	8
1.2. El Código Sanitario (1931-1967).....	10
1.3. El renovado artículo 119 del Código Sanitario.....	12
2. La inconstitucionalidad de una concepción irrestricta del deber de solidaridad de la mujer para con el feto.....	15
2.1. Un especialísimo deber de solidaridad. Examen de la cuestión.....	16
2.2. El feto como objeto de protección constitucional.....	18
2.3. Estado de necesidad y ponderación de vidas humanas.....	20
2.4. El principio de exigibilidad diferenciada.....	23
3. Ley N° 21.030: Fundamentos de un cambio de paradigma hacia la despenalización.....	27
3.1. El principio de autonomía reproductiva.....	28
3.2. El sistema vigente de tres causales de despenalización.....	30
3.3. Consideraciones preliminares.....	34
CAPÍTULO 2. SISTEMAS COMPARADOS: HACIA UNA ADECUADA COMPRENSIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA.....	35
1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.....	35

1.1. Comentario a la sentencia de 1975.....	36
1.2. Alcances de la evolución de la indicación embriopática.....	40
1.3. Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1993.....	42
1.4. Derecho penal vigente: la exclusión de la indicación embriopática como causa de justificación.....	46
2. La STC 53/1985 y su impacto en el sistema de indicaciones del ordenamiento jurídico español.....	48
2.1. Graves taras físicas o psíquicas: alcance del sentido del artículo 417 bis N°3 del Código Penal español.....	52
2.2. La interrupción por causas médicas en la sistemática de la Ley Orgánica 2/2010.....	56
3. Cuestiones relevantes a efectos de comprender el sentido de la indicación embriopática en el derecho chileno.....	60
CAPÍTULO 3. LA EXIGENCIA DE CERTEZA EN EL DIAGNÓSTICO MÉDICO FRENTE A LA NECESIDAD DE INTERRUMPIR EL EMBARAZO.....	63
1. El problema de la acreditación.....	63
1.1. Implicancias jurídico-penales del diagnóstico prenatal.....	67
1.2. Análisis del requisito de contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas.....	68
1.3. Análisis del requisito del consentimiento expreso, previo y por escrito de la mujer embarazada.....	73
2. Revisión crítica de los posibles fundamentos de la indicación embriopática.....	77

2.1. Enfoque desde la perspectiva de la mujer: El derecho a la integridad física y psíquica.....	77
2.2. Enfoque desde la perspectiva del feto: El sentido de la suspensión de la protección de su vida.....	80
2.3. El riesgo de sobrevida del feto: ¿Necesidad de una fundamentación particular?.....	83
3. Una posible respuesta al problema de la acreditación.....	85
CONCLUSIONES.....	88
BIBLIOGRAFÍA.....	90

INTRODUCCIÓN

El delito de aborto, tanto en su tratamiento legislativo como dogmático y jurisprudencial, ha permeado los ordenamientos jurídicos, suscitando un abundante debate acerca de la fundamentación de su punibilidad, considerando especialmente los intereses jurídicos que se encuentran en conflicto, dada la particular relación que se establece entre la mujer y el no nacido. A pesar de las discrepancias manifestadas por posiciones controvertidas, como ejes de la discusión pública, existe consenso al reconocer las complejas dimensiones que esta figura trae consigo, entrelazando no solo aspectos de orden jurídico, sino que también morales y filosóficos, cuyos límites muchas veces pueden resultar difusos.

Evidentemente, aquellos lineamientos, presentados con tal amplitud, superan con creces los propósitos del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que resulta fundamental presentar el germen del problema, desde una perspectiva que enfatice sus especialísimas características, que no tienen parangón con ningún otro tipo penal presente en nuestro sistema jurídico. Ante todo, se trata de un problema de fundamentación, con marcadas evoluciones y quiebres a lo largo de la historia legislativa, como se analizará en una sección posterior.

En suma, el ordenamiento jurídico nacional, a partir del año 2017, se apropió de dicho interés, manifestándolo en el plano legislativo por medio de la creación de la Ley N° 21.030, que reguló, de manera inédita para nuestro derecho, la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Aquello obedeció a la concreción de un renovado interés por parte del legislador, que, de cierta forma, revisitó el delito de aborto, reformando el tratamiento bifronte de los cuerpos penal y sanitario, a la luz del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, teniendo presente el mandato constitucional expresado en el artículo 19 N° 1 inciso segundo, en virtud del cual la ley protege la vida del que está por nacer.

En el desarrollo de la memoria, se intentará distanciarse de las consideraciones prácticas para centrar el análisis en el correcto sentido y alcance en que, de modo particular, debe ser comprendida la indicación embriopática, consagrada en el artículo 119 N° 2 del Código Sanitario, a saber: *“El embrión o feto padezca una patología adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal”*.

La pregunta por el fundamento de la causal amerita un tratamiento que se inicie con una abstracción normativa, cuestionándonos qué es lo que le interesaba al legislador al momento de crearla, y de qué manera, entonces, debe ser interpretada y aplicada. En ese mismo sentido, es posible que resulte tentador evadir o tratar débilmente la interrogante que pretende guiar el presente trabajo, estableciendo sin más que resulta absolutamente evidente que el legislador tuvo interés en reconocer el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, en circunstancias que la patología o malformación letal presente en el feto, lo torna menos valioso que un nonato sano.

En consecuencia, la pregunta verdaderamente relevante sería aquella que cuestiona la exigencia de la norma, en orden a los particulares requisitos que establece la ley para la concurrencia de la causal, propios de la verificación de la patología mediante el diagnóstico médico. Y nuevamente resultaría tentador concluir, de manera precipitada, que la indicación, efectivamente, somete a la mujer a requerimientos excesivos, por lo que no protege sus derechos. Del mismo modo, podría cuestionarse la laxitud o firmeza de un eventual catálogo de enfermedades fetales, de cuya ampliación o restricción dependería la eficacia de la causal en comento.

Sin embargo, no debe incurrirse en el error lógico de juzgar anticipadamente las condiciones de aplicación de la indicación, sin antes realizar el esfuerzo de comprender y analizar los fundamentos que subyacen a su establecimiento legal. Únicamente de ese modo podrá determinarse si los operadores jurídicos de nuestro derecho, y la configuración del sistema normativo técnico, la han comprendido

correctamente, sin pretender agregarle o restarle un interés distinto al que tuvo por propósito concederle el legislador.

Desentrañar lo anterior será el propósito del análisis de la presente tesis, para lo cual el primer capítulo estará dedicado a desarrollar una correcta comprensión de los fundamentos que han marcado la evolución de la regulación del aborto consentido, apreciando de qué manera el legislador, en distintas épocas, valoró los intereses de la madre y del feto. Aquello ofrecerá luces tendientes a determinar cuál fue el sentido de establecer la actual regulación, y bajo qué instituciones jurídicas ésta llevó a cabo la tarea de ponderación de dichos intereses confrontados.

Posteriormente, en el segundo capítulo, nos centraremos en los criterios que, sobre esta temática en particular, pueden desprenderse de los ordenamientos jurídicos comparados. Sin perjuicio de que los ejemplos del derecho alemán y español puedan resultar muy disímiles al sistema chileno de despenalización en tres causales, y especialmente, en cuanto a la existencia o tratamiento otorgado a la indicación embriopática, se apreciarán los fundamentos de su configuración jurídica, en un ejercicio de contraste con los intereses que motivaron la creación del marco normativo del actual artículo 119 N° 2 del Código Sanitario.

A modo de término, el tercer capítulo versará acerca del análisis normativo tocante a la especial tensión producida entre los requisitos que conforman la indicación embriopática presente en nuestro sistema jurídico, en virtud de los cuales se advierte la complejidad médica de verificar el padecimiento, por parte del feto, de una patología incompatible con la vida humana extrauterina independiente –el problema de la acreditación –y la necesidad de que la mujer permanezca en su estado de embarazo, a fin de resolver lo primero. La imprescindible exigencia del diagnóstico médico deberá ser abordada en relación con la comprensión del correcto sentido y alcance de la causal en estudio, de modo que su singular ponderación no implique manifestar un juicio precipitado acerca del rol que el fundamento de la indicación le debe otorgar.

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO CHILENO. REVISIÓN DE SUS FUNDAMENTOS

1. La regulación penal y sanitaria del aborto a la luz del juicio de ponderación de intereses

El Código Penal chileno tipifica en su artículo 344 el aborto consentido por la mujer embarazada, consagrando que: *“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”*. Actualmente, tenemos conocimiento de que dichos casos legalmente permitidos obedecen a la despenalización del aborto en tres causales, que implicó una modificación legislativa, a raíz de la cual el legislador decidió que, al concurrir especialísimas situaciones, la conducta quedaría fuera de la órbita del reproche penal.

Sin embargo, un cuerpo legal diverso, a saber, el Código Sanitario, fue finalmente el objeto de recepción de las indicaciones sustantivas de la despenalización, establecidas en el actual artículo 119. Si bien el carácter de la tipicidad pertenece a la sede penal, resulta necesario advertir que no es casualidad, ni una práctica legislativa desprovista de importancia, que nuestro ordenamiento jurídico haya debido conjugar –dado que se trata de un asunto que subsiste hasta el día de hoy, no siendo alterado por la modificación introducida por la Ley N° 21.030– la regulación penal y sanitaria a la luz de una misma figura: el aborto consentido.

Aquello podría ser explicado por medio de la pertinencia de un análisis bifronte de la conducta abortiva, tanto desde su perspectiva delictual, como desde una óptica propia de la salud, que persigue sancionar conductas contrarias a la normativa sanitaria. Sin embargo, aquella doble regulación ha tenido una particular incidencia

en la manera de abordar un problema inevitable al enfrentar el aborto, y que no es sino el juicio de ponderación de intereses en conflicto, que constituye un ejercicio relevante de considerar en el análisis que se llevará a cabo en el presente capítulo. En otras palabras, debe comprenderse el verdadero significado que subyace a la utilización de determinadas técnicas legislativas, para plantear que en ningún caso se trata de un asunto nimio, sino uno que ha dirigido, desde el siglo XIX, un particular modo de justificar o negar justificación a la figura del aborto consentido.

1.1. El Código Penal de 1874

Primeramente, el Código Penal de 1874 sancionaba a quien causare un aborto “*maliciosamente*”, manifestando, a partir de su revisión histórica, un interés por dotar de licitud al aborto causado por un médico, en ciertos casos, amparados por la buena fe del sujeto activo de la conducta típica. En ese entonces, aquél era el único cuerpo legislativo que abordaba la figura abortiva, circunscribiéndola al ámbito del castigo penal, en el marco de una concepción, tanto de la práctica médica como jurídica, que comprendía que su regulación no pretendía imponer una prohibición absoluta.

Inicialmente, la Comisión seguía el modelo español que inspiraba la redacción, en la utilización de dicha expresión, en referencia a que la conducta se hubiere realizado “*de propósito*”, aludiendo claramente a la intencionalidad del autor. A partir de su modificación, sustituyéndola por el término “*maliciosamente*”, persiguió evitar dirigir el reproche penal a aquellas personas que procedían de buena fe, aunque de propósito, como deja constancia la revisión histórica del referido artículo 342 del Código Penal. Aquello se desprende de las actas que permitieron llevar a cabo la modificación, en razón de que: “*La expresión de propósito pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fé proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto i da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro*”¹.

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Informe. Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo*. La cita corresponde a la Sesión 160, de 25 de junio de 1873. La sustitución se llevó a cabo por indicación del comisionado Gandarillas.

En palabras del profesor Bascuñán Rodríguez: *“Desde el punto de vista de la comisión redactora y la ética médica del Siglo XIX y principios del Siglo XX, lo crucial de esta “buena fe” incompatible con la malicia es la representación de estar actuando en una situación de aborto provocado lícito. Se trata de una referencia subjetiva a un supuesto objetivo de exclusión de la ilicitud del aborto”*². Es decir, la concurrencia de la buena fe, como elemento propio de la manifestación de la voluntad del sujeto que lleva a cabo la acción, y que es por ello subjetiva, posibilita en sí misma la licitud de la conducta, admitiendo la existencia de supuestos justificados de aborto, que la excluyen del ámbito de la prohibición, sin que sea necesaria la efectiva concurrencia de la situación que el médico se está representando.

En suma, dicha expresión da cuenta de la concepción acerca del aborto presente en la comprensión jurídica de la génesis de la legislación penal chilena, en cuya práctica no se circunscribieron los supuestos de licitud del aborto consentido, a los parámetros propios de la teología moral católica. Siguiendo a Bascuñán: *“El aborto provocado como medio para lograr el fin terapéutico –la evitación del peligro para la mujer embarazada– fue también considerado como un aborto indiscutidamente lícito”*³.

Es dable advertir que, en la configuración del tipo penal, la Comisión Redactora realizó un ejercicio de ponderación de intereses en conflicto, a saber, el peligro existente para la vida de la madre y la propia vida del feto, en el cual no sacrificó arbitrariamente el primero de ellos, en pos de una estructura de prohibición absoluta de la conducta. Por el contrario, restringió la aplicación del supuesto de hecho, posibilitando que la antijuridicidad de la conducta desempeñara un rol fundamental, al momento de excluir la ilicitud.

El legislador comprendió que la justificación de una conducta no debía verse mermada por el criterio, impuesto por el magisterio eclesiástico, en orden a que el

² BASCUÑÁN R., Antonio. *La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno*. Revista Derecho y Humanidades. 2004; 10. p. 146.

³ Ibid. p. 147.

resultado de muerte del feto, una vez practicado el aborto, debía tratarse de un efecto indirecto. Es decir, que pese a la configuración subjetiva de la norma, que implicó la relevancia de la representación, por parte del sujeto activo, de estar actuando conforme a derecho, la calificación de la licitud de la conducta, en ningún caso, dependía de una consideración subjetiva del no nacido, cuya muerte no podía constituir un propósito perseguido directamente, aun la vida de la madre se encontrara en grave peligro.

En este punto, resulta necesario enfatizar en la confluencia de visiones y prácticas, tanto jurídicas como médicas, cuya estructura, e incluso tradición en el tratamiento otorgado a la presente materia, efectivamente estaban abogando por una optimización de los intereses confrontados a la luz de la figura del aborto consentido. La legislación penal, encargada de sancionar aquellas conductas cuyo disvalor se considera gravoso dentro de una sociedad, atendido a su carácter de *ultima ratio*, fue capaz de flexibilizar el reproche establecido para la comisión del delito. En ese sentido, resulta curioso que la consagración de una prohibición absoluta de practicarlo, haya venido de la mano de la creación de un nuevo cuerpo normativo, cuyo fundamento, precisamente, no se relaciona con la noción de castigo que inspira la codificación penal.

1.2. El Código Sanitario (1931-1967)

El Código Sanitario fue aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 226, de 15 de mayo de 1931, expresando en su artículo 1°: *“Todas las cuestiones relacionadas con la salubridad pública del país serán regidas por las disposiciones del presente Código”*. En consecuencia, habría sido posible interpretar que las materias a las que este cuerpo legal estaba llamado a regular, se tratarían de asuntos de salud pública, lo que, evidentemente, tendría impacto en la praxis médica desarrollada hasta ese entonces. Aquello nos lleva a reflexionar desde qué perspectiva la legislación sanitaria estaba en condiciones de abordar el aborto consentido como un problema de salud pública, en relación a la regulación ya existente en materia penal, que,

como revisamos anteriormente, se encontraba avalada por la doctrina médico-legal de la época.

En el marco de la nueva legislación, el artículo 226 estableció que: *“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer”*. Asimismo, expresó el requerimiento de la opinión documentada de tres facultativos, a fin de proceder a la intervención; dejando a salvo que, en caso de que no fuera posible proceder de dicha forma, se documentaría lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.

La naturaleza jurídica de la expresión *“fines terapéuticos”* correspondía a una causa de justificación, puesto que se entendía la finalidad de evitar un peligro para la mujer embarazada, en circunstancias que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la legislación sanitaria, ya se encontraba incorporada en la concepción propia del Código Penal, cuyo artículo 342 consagraba un supuesto objetivo indirecto de exclusión del injusto. Por lo tanto, no constituyó un nuevo criterio que reformara la práctica médica y jurídica: *“La mayor o menor extensión de la situación justificante del Art. 226 del Código Sanitario quedó, pues, entregada a la interpretación extensiva o restrictiva de la expresión ‘fines terapéuticos’”*⁴.

Asimismo, la sustitución que experimentó dicho precepto legal, en razón de la creación del artículo 119, cuyo contenido enunciaba que: *“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo”*, tampoco alteró el carácter justificante con el que había sido comprendida la regulación en torno a esta clase de aborto. En consecuencia, no resulta posible advertir, más allá del ejercicio de una función complementaria al supuesto jurídico penal, cuál era el aporte sustantivo que esta materia, a la fecha de 1967, había otorgado al tratamiento de la figura en comento. Sin embargo, fue precisamente la voz *“fines terapéuticos”*, la que comenzó a manifestar una relevante evolución.

⁴ Ibid. p. 148.

De ese modo: *“En su núcleo, estaba claro que la norma abarcaba los supuestos de aborto terapéutico en sentido estricto, es decir, aquellos casos en que la muerte del feto es provocada como medio necesario para evitar un peligro actual o inminente de muerte para la mujer embarazada (...) Aun así, el artículo 119 del Código Sanitario todavía se entendía aplicable a supuestos de peligro futuro para la vida o, incluso, para la salud de la mujer”*⁵. En otros términos, existió un reconocimiento de los intereses personalísimos de esta última, cuyo peso específico dotaba de contenido a un concepto amplio de aborto. Dichos intereses justificaban la licitud de la conducta, como resultado del juicio de ponderación.

1.3. El renovado artículo 119 del Código Sanitario

Posteriormente, la Ley N° 18.826, establecida durante la dictadura militar, modificó el mencionado artículo 119, con el objetivo de prohibir el aborto directo, consagrado en la siguiente redacción: *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”*. Aquello encontraba su fundamento en el planteamiento que consideraba que la favorable evolución de la medicina, restringía los casos en que podía aplicarse el aborto terapéutico a situaciones completamente excepcionales, por lo que la norma en cuestión constituía *“un resquicio”*, que amparaba la realización de abortos que, a la luz de dicha concepción, eran injustificados.

Al respecto, es posible advertir el pensamiento de un sector de la dogmática, en orden a declarar que: *“Con esta decisión legislativa se opta por una concepción normativa concreta respecto del contenido de los deberes, el estatus jurídico de lo protegido y las posibilidades de solución de la tensión entre los diferentes derechos e intereses en juego. Antes que producir un conflicto de deberes y derechos no solucionables y absolutos, la norma constituye un modelo de solución de aquella tensión”*⁶. En virtud de un análisis como el anterior, podría presuponerse la

⁵ OSSANDÓN W., M. 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; 18 (2). 2011. p. 116.

⁶ GARCÍA, Gonzalo. *Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile*. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes); 27. 2015. p. 236-237.

realización de un ejercicio de ponderación, cuyo resultado constituiría una optimización de la aplicación de dichos intereses, claramente en conflicto, sin necesidad de sacrificar arbitrariamente la satisfacción de uno de ellos en detrimento del otro.

Con independencia del contexto histórico en el cual se enmarcó la creación de la normativa sanitaria, e incluso de la influencia de la orientación confesional católica, lo central es que, por primera vez en la regulación del aborto consentido, se le negó reconocimiento jurídico a los intereses personalísimos de la mujer, representados por medio de causas de justificación, cuya aplicación práctica no solamente guardaba coherencia con la praxis médico-jurídica, sino que con un fundamento objetivo de exclusión de la ilicitud.

Sin embargo, la construcción normativa propia de la *doctrina del doble efecto* o *voluntario indirecto*, atenta, precisamente, contra dicho elemento objetivo, al sostener que, en palabras de Bascuñán: “*Es lícito ocasionar la muerte de otro, siempre que ese resultado, aunque previsto, no sea el fin de la acción, con tal que dicha acción persiga un fin legítimo (defensa de sí o de otro) y sea proporcionada como medio*”⁷. Se trata de una concepción eminentemente moral que, para impactar en el derecho, ha debido adaptarse a la teoría de las normas, y específicamente, a la teoría general del delito. Aquel criterio puede resultar problemático al momento de determinar la relevancia jurídica otorgada a la intencionalidad del sujeto activo.

Cabe resaltar la afirmación del mencionado autor, a saber: “*No resulta para nada claro cómo es que la presencia en el caso concreto de un fin legítimo de la acción restringe el ámbito de la imputación subjetiva que da lugar al reproche penal*”⁸. Aquello pretende expresar que la justificación de una conducta es objetiva, no pudiendo estar constituida por la intencionalidad del sujeto. En primer lugar, es necesario establecer que se trata de un problema que debe ser resuelto en sede de

⁷ BASCUÑÁN R., Antonio. op. cit. p. 159.

⁸ Ibid. p. 159.

antijuridicidad, en cuyo marco nos encontramos con causas de justificación, en virtud de las cuales se fundaba la exclusión de la ilicitud de la conducta.

Es parte de la evolución de la doctrina penal considerar las nociones propias de la intencionalidad como parte del análisis realizado en sede de tipicidad: *“El finalismo (...) hacía imperativo incorporar al tipo penal lo volitivo y lo anímico del comportamiento, valorándolo frente a la ley penal como un todo. El tipo así concebido es el objeto del juicio de valor en que consiste la antijuridicidad. Lo que se compara con el derecho no es una actividad del hombre en su aspecto material o externo, sino un comportamiento del mismo, integrado por la voluntad que le es inherente”*⁹. En consecuencia, el supuesto de hecho relevante para determinar la concurrencia de una situación justificante, no puede depender de una exigencia volitiva, la cual ya ha sido incorporada en el análisis de la tipicidad, y no debe ser considerada como fundamento de exclusión de la ilicitud¹⁰.

Aquello supondría hacer patente una suerte de derecho penal de autor, cuyo fundamento no se condice con el sistema configurado por las actuales tendencias de la teoría del delito, propias del estado de derecho, centrado en los actos. Por su parte, Ossandón le atribuye una explicación basada en la teoría de la imputación objetiva: *“Como las intervenciones terapéuticas realizadas con el cuidado debido (...) están amparadas en el riesgo permitido, lo que esa norma dispone es que solo queda fuera de ese ámbito la conducta cuyo fin sea provocar un aborto. En otras palabras, esto significa que se admite como actividad terapéutica permitida toda aquella que se realiza con una finalidad curativa, aunque la muerte del feto sea previsible o incluso segura, excluyendo únicamente la conducta encaminada directamente a ese objetivo”*¹¹.

⁹ GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 140-141.

¹⁰ Al respecto, Antonio Bascañán realiza la siguiente analogía: “Un homicidio cometido en legítima defensa no deja de estar justificado porque haya sido cometido con dolo directo. La legítima defensa no exige ausencia de intencionalidad en la acción homicida. Conforme al derecho chileno, también es lícito matar *para defenderse*”. (op.cit. p. 160).

¹¹ OSSANDÓN W., M. Magdalena. op. cit. p. 125.

Cabe destacar la relevancia que la autora le otorga al elemento subjetivo, en orden a la finalidad directa con la que se realiza la conducta, pues es dicha intencionalidad la que dirige un proceso de imputación, cuyo énfasis debiese ser objetivo, dado que: *“Este procedimiento por el cual se imputa un determinado resultado es en opinión de Roxin (1976), independiente y anterior a la catalogación del comportamiento como doloso o culposo, y debe por consiguiente analizarse en el aspecto objetivo del tipo”*¹².

En suma, reconociendo las adaptaciones que ha experimentado la doctrina del doble efecto, cuyo origen pertenece al ámbito moral, en la búsqueda de producir efectos jurídicos, no se hace cargo de la concurrencia del elemento objetivo en la aplicación de las causas de justificación, retrotrayendo en sede de antijuridicidad, un análisis basado en la intencionalidad del sujeto activo, incluso antes de llevar a cabo el juicio de culpabilidad. De ese modo, distorsiona el concepto de *fin legítimo*, presente en la figura del aborto consentido, utilizando el elemento volitivo como fundamento para establecer una prohibición absoluta, sin haber realizado una verdadera ponderación de los intereses en conflicto.

2. La inconstitucionalidad de una concepción irrestricta del deber de solidaridad de la mujer para con el feto

Al momento de reconstruir la historia legislativa de la regulación del aborto en nuestro país, no puede dejar de considerarse la especialísima relación que se produce entre la mujer y el *nasciturus*, cuya existencia es, precisamente, la que dota de complejidad a la figura, puesto que se trata de una característica imposible de ser equiparada a ninguna otra que se encuentre presente en el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, del hecho de comprender y reconocer que dicha relación supone un estatus jurídico particular, no se sigue un consenso en la interpretación que es necesario otorgar a los deberes y derechos en juego.

¹² LARRAURI, Elena. *Introducción a la imputación objetiva*. Artículo consistente en el discurso desarrollado para optar a una plaza de profesora titular. p. 230-231.

Bascuñán, al abordar el problema acerca de los límites a la exigencia que impone a la mujer el deber de tolerar el embarazo, es decir, la presencia del feto dentro de su cuerpo, postula que: *“La pregunta, pues, de si el nasciturus es o no persona, titular del derecho constitucional a la vida, no prejuzga en sentido alguno la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. En tanto deber de solidaridad, ese deber excede el margen del deber correlativo al derecho a la vida”*¹³.

2.1. Un especialísimo deber de solidaridad. Examen de la cuestión

El mencionado deber de solidaridad merece, por lo menos, cautela en su análisis, enmarcándolo dentro de las normas presentes en el Código Penal y en la propia Constitución. De lo contrario, es susceptible de ser invocado como una exigencia completamente apartada de las imposiciones generales de la legislación. En otras palabras, si bien debe reconocerse el carácter particular de la relación simbiótica entre la mujer y el no nacido, aquél vínculo no puede, bajo criterios jurídicos, amparar un abuso que, no solo no tiene parangón con ningún otro deber consagrado en nuestro ordenamiento, sino que subvierte la ponderación de intereses en conflicto, necesaria en el tratamiento del aborto consentido.

La regulación del Código Penal permite descartar la existencia de un deber general de solidaridad, que implique el sacrificio de intereses personalísimos. Es más, el que configura el ejemplo paradigmático de una exigencia de solidaridad, entendido en el sentido estricto de un deber que obliga en la relación intersubjetiva entre ciudadanos¹⁴, corresponde a la omisión de socorro. Este tipo penal, consagrado en el artículo 494 N° 14, dentro del capítulo concerniente a las faltas, establece como límite a la exigencia: *“Cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio”*. Aquello resulta decisivo y establece un margen que debe ser aplicado también a la situación de la mujer embarazada: el legislador no puede exigirle soportar el menoscabo de sus propios intereses personalísimos, de manera absoluta, sin incurrir en una

¹³ BASCUÑÁN R., Antonio. op. cit. p. 167.

¹⁴ ROJAS A., Luis Emilio. *El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno*. Revista de Derecho (Valdivia); 32 (1). 2019. p. 309.

discriminación arbitraria al imponerle un deber que no se ajusta a la sistemática con la que los tipos penales han acogido el elemento de la solidaridad.

Con la finalidad de justificarlo, el deber de solidaridad ha sido planteado en concordancia con una posición de garante por parte de la mujer, en un concepto propio de la teoría de la comisión por omisión: *“El hecho que la vida del feto dependa de una relación simbiótica con el organismo de la mujer, hace que la imposición de una obligación de conservación del embarazo –en las situaciones en que ello es justificable –sea una necesidad del sistema. Si esa relación no se conserva, el feto simplemente no puede sobrevivir. Su supervivencia depende de la solidaridad de la mujer de una forma distinta de la que depende de la solidaridad del resto”*¹⁵.

Sin embargo, ¿cómo debe ser ponderada la solidaridad exigida a la mujer, en orden a resguardar sus intereses personalísimos? ¿El mandato constitucional que encarga a la ley la protección de la vida del que está por nacer, implica reconocerle al feto que, dada su especialísima naturaleza, tiene derecho a exigir una obligación que ningún otro ser humano nacido tiene derecho a exigirle a otro ser humano nacido? ¿Puede lo anterior ser justificado a la luz de las *“necesidades del sistema”*?

Dicho sistema ha resuelto el conflicto de intereses en contra de aquellos que son propios de la mujer, lo que se encuentra ligado a la prohibición absoluta de practicar la conducta abortiva, establecida a fines de la dictadura militar. Existió una opción político criminal de sacrificar los intereses personalísimos de la mujer, resolviendo no realizar ningún ejercicio de ponderación, en miras a reconocer el peso específico de dichos intereses. El mandato que el constituyente consagró en el artículo 19 N° 1 inciso segundo, operó como piedra de tope a cualquier juicio acerca de los límites que legítimamente pueden exigírsele a la mujer para tolerar el embarazo. Por lo tanto, a la expresión: *“La ley protege la vida del que está por nacer”* se le otorgó una fuerza irrestricta, exenta de cualquier clase de ponderación.

¹⁵ WILENMANN, Javier. *El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; 40. 2013. Versión en línea. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100009]

Del modo en que Bascuñán desglosó las particularidades del conflicto de intereses constitucionales, es posible destacar que: *“En la solución de estos conflictos, el Estado se encuentra obligado por un mandato de optimización: debe procurar la máxima realización posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas, de ambos intereses en conflicto (...) Precisamente debido al mandato de optimización el legislador no puede resolver el conflicto de modo unilateral, sacrificando en toda circunstancia o por completo uno de esos intereses a favor del otro”*¹⁶.

2.2. El feto como objeto de protección constitucional

La resolución del conflicto se ha visto entrampada por la discusión acerca del estatus jurídico del feto, lo que ha implicado un debate acerca de si debe ser considerado o no como persona, de lo cual se deriva el reconocimiento o negación de un derecho a la vida. En este punto, y tal como Bascuñán ha consignado su carácter de discusión circular, el hecho de conceder que el *nasciturus* tiene la calidad de persona y es titular del derecho a la vida, no lo dota de un peso específico superior –ni siquiera fundado en un deber de solidaridad que, como revisamos, tampoco está exento de limitaciones– tal que justifique la exigencia que el ordenamiento jurídico le impone a la mujer, manifestada en la tolerancia del embarazo.

La legislación penal y sanitaria anterior a la que estableció la prohibición absoluta de realización de la conducta abortiva, comprendía lo anterior, y suponía que una afectación a los intereses personalísimos de la mujer, propia de situaciones en las que se encontraba en grave riesgo su vida o su salud, excedía el margen de tolerancia que podía ser amparado por un deber de solidaridad. Es más, no es incompatible que la ley cumpla con el mandato constitucional de protección de la vida del que está por nacer, incorporando, a su vez, los límites a la exigibilidad de tolerar el embarazo. De lo contrario, se le estaría reconociendo al feto una titularidad de derechos superior a la que gozan los seres humanos nacidos, para los cuales no existe una prohibición absoluta de matar, ejemplificado en la legítima defensa.

¹⁶ BASCUÑÁN R., Antonio. op. cit. p. 171.

A mayor abundamiento, el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Constitución, que, a su vez, incorpora a dicho texto una disposición proveniente del Código Civil, constituye una norma cuyo destinatario es el legislador. El constituyente realizó un tratamiento diferenciado entre seres humanos nacidos y no nacidos, reconociéndole a los primeros la titularidad de un derecho subjetivo público a la vida. Sin embargo, el estatus conferido a la existencia prenatal declara al feto como un objeto de protección, de lo que se sigue que no puede otorgársele un peso específico superior a aquel del que gozan los derechos fundamentales propios de los seres humanos nacidos. Tal como lo expresa Bascuñán: *“La explicación de la consagración de un mandato constitucional de protección legal del nasciturus se encuentra precisamente en la necesidad de compensar la ausencia del reconocimiento de un derecho subjetivo público a la vida del cual él sea titular”*¹⁷.

Precisamente, existe una disposición que mandata al legislador la protección de la vida del que está por nacer, porque no existe un derecho. De otro modo, carecería de sentido que dicho inciso segundo lo mencionara de manera especial, sino que, por el contrario, aquello refuerza su tratamiento constitucional diferenciado, que en ningún caso pretende igualar su estatus jurídico al que es propio de la titularidad de derechos de que gozan los seres humanos nacidos. En efecto, de un derecho subjetivo pueden inferirse normas de deber, lo que no es posible establecer en sentido inverso¹⁸. Y lo único que consagra la Constitución es un deber de protección *indirecto* –encomendado necesariamente a la voluntad del legislador– al no nacido, lo que demuestra que no es un ente irrelevante, pero que, de todas maneras, no puede ser equiparado frente a los derechos fundamentales de las personas.

Al respecto, la doctrina constitucional comparada también se ha pronunciado acerca del carácter del reconocimiento que la Constitución otorga al nonato. En particular, Vives Anton, en su crítica a la sentencia del Tribunal Supremo español¹⁹ que acogió el recurso previo de inconstitucionalidad en contra del proyecto de despenalización

¹⁷ BASCUÑÁN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. Estudios Públicos; 95. 2004. p. 62.

¹⁸ *Ibid.* p. 49.

¹⁹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STC 53/1985. 11 de abril de 1985.

parcial del aborto consentido, expresa que: *“La Constitución dice lo que dice y protege lo que protege y nada más. El resto lo hace el legislador democrático (...) Podrá afirmarse que es conveniente que se otorgue protección jurídica al nasciturus; pero, a menos que se demuestre que su desprotección priva de parte del contenido esencial al derecho a la vida de las personas, no puede decirse que sea inconstitucional desprotegerle”*²⁰.

El no nacido goza del peso específico derivado de la asunción, a rango constitucional, de la disposición del artículo 75 del Código Civil. Por lo tanto, dicha protección, a pesar de las restricciones expuestas anteriormente, no es baladí, ya que no puede tolerarse que el legislador, en su tarea de concreción del mandato del artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, permita una desprotección arbitraria o injustificada, puesto que la consagración constitucional le otorga primacía frente a normas legales contradictorias.

2.3. Estado de necesidad y ponderación de vidas humanas

Desde una arista distinta, se argumenta que la exigencia a la mujer de tolerar el embarazo, se basa en la especial responsabilidad que tendría para con el feto, imposible de ser equiparada a ninguna relación que el derecho regule. Al respecto, Judith Thomson, en su célebre ensayo sobre el aborto, consignó que: *“Nosotros no tenemos ningún tipo de “responsabilidad especial” con ninguna persona a no ser que la hayamos asumido, explícita o implícitamente (...) Si ellos han tomado todas las precauciones razonables para evitar un niño, no tienen una especial responsabilidad hacia él solo en virtud de la relación biológica que les une al niño que han concebido (...) Lo que intento decir es que si la asunción de la responsabilidad les exige un gran sacrificio, pueden rechazarla”*²¹.

²⁰ VIVES ANTON, Tomás. *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*. Revista Española de Derecho Constitucional; 15. 1985. p. 145.

²¹ THOMSON, Judith. *Una defensa del aborto*. Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. Editorial Cátedra. Segunda edición. 1992. p. 30-31.

En este caso, el deber de protección de la vida del no nacido se enfrenta con el derecho de la mujer a no verse exigida coactivamente a sacrificar sus intereses, configurados como derechos fundamentales de rango constitucional. Por una parte, nos encontramos con el caso paradigmático de afectación de intereses, representado por la figura del aborto terapéutico. En dicho contexto, existe un peligro actual o inminente para la vida de la madre, no siendo necesaria la invocación de una causa de justificación especial, bastando con los criterios propios del estado de necesidad justificante²², dado el peso específico de la vida de la mujer como bien jurídico.

En lo que concierne al estado de necesidad justificante, resulta permisible sacrificar un bien jurídico para salvar otro, frente a una situación de peligro, eliminando la antijuridicidad de la conducta. En torno a la ponderación exigida por esta institución, Ossandón hace hincapié en la circunstancia de que la justificación procede únicamente cuando se evita un mal mayor que el que se causa, a modo de estándar que necesariamente debe ser superado, pues en la situación contraria, el deber de soportar el daño se impone en razón de evitar un mal mayor que el que se ocasiona. En el caso particular del aborto, la autora arguye que: *“Existiendo vidas humanas en juego, no es factible hacer esa ponderación en términos cualitativos ni cuantitativos para concluir que matar a una de ellas constituya un mal menor”*²³.

Aquella alusión al carácter *“absoluto”* de la vida humana es compartida por el derecho, lo que impide que pueda ser relativizada mediante un juicio de ponderación de intereses en conflicto. De dicha premisa se deriva lo expuesto por Bascuñán, en orden a que para el derecho penal europeo continental, es decir, el propio de nuestro sistema jurídico, nunca puede justificarse por estado de necesidad agresivo la muerte de otro, puesto que: *“No se puede matar justificadamente a un ser humano ajeno a la generación de un peligro para evitar la concreción de ese peligro, incluso si es un peligro letal”*²⁴. En la institución del estado de necesidad agresivo,

²² BASCUÑÁN R., Antonio. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno*. op. cit. p. 173.

²³ OSSANDÓN W., M. Magdalena. *Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana*. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes); 27. 2015. p. 161.

²⁴ BASCUÑÁN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. op. cit. p. 70.

precisamente, concurre la situación expuesta por Ossandón, en la cual el interés que se protege debe tener un mayor peso específico que el interés que se sacrifica. Sin embargo, resulta necesario distinguir dicha figura de la que realmente tiene aplicación al momento de excluir la ilicitud de la conducta abortiva. Así las cosas, resulta incontrovertible la imposibilidad de admitir la hipótesis de estado de necesidad agresivo a este respecto.

En efecto, la ponderación entre esas dos vidas pertenecientes a la especie *homo sapiens*, no se realiza bajo el equilibrio que pretende el presupuesto anterior, sino que bajo los parámetros del estado de necesidad defensivo. La distinción se fundamenta en la circunstancia de que se trata de un caso en que es el propio ser humano –el *nasciturus*– quien genera el peligro, a lo que puede añadirse las características propias del aborto terapéutico, a saber, una situación fáctica de actualidad o inminencia del peligro, en la que necesariamente la mujer debe atacar el bien jurídico representado por el interés en la vida del feto²⁵, que supera el test de subsidiariedad propio de esta clase de justificación, en virtud del cual, existiendo varios medios de impedir el mal que se trata de evitar, la ley solo acepta que se escoja el menos perjudicial, a la vez que practicable, en las circunstancias concretas²⁶.

Es por ello que resulta plenamente plausible la afirmación de Bascuñán, referida a que para el caso extremo del aborto terapéutico, no se requiere una causa de justificación particular. Cuando concurre un peligro actual o inminente para la vida o de grave daño para la salud de la mujer, se da lugar a un auténtico caso de estado de necesidad defensivo, en un supuesto de ausencia de agresión por ausencia de acción²⁷, en atención a las características exhibidas por el feto, que mal podría considerarse un ente agresor, en circunstancias que no es capaz de acción alguna.

²⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. *La permisibilidad del aborto como problema ontológico*. Revista Derecho y Humanidades; 23. 2014. pp. 36 y ss. Formula un cuestionamiento dogmático acerca del supuesto interés del feto en su propia supervivencia, en conflicto frente a los intereses de la mujer embarazada.

²⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. 2009. p. 231.

²⁷ BASCUÑÁN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. op. cit. p. 72.

Sin embargo, como revisaremos más adelante, aquello carece de efectos impeditivos frente al derecho de la mujer a no tolerar ese peligro, si es que legítimamente puede accionar defensivamente contra la fuente de la cual emana.

2.4. El principio de exigibilidad diferenciada

El resultado de dicha ponderación obedece a la resolución del caso de justificación por antonomasia. Cabe hacerse cargo de las restantes situaciones, en virtud de las cuales el ejercicio de ponderación debe considerar la afectación a intereses personalísimos distintos a la vida de la mujer. Surge, entonces, la pregunta por el criterio que debe establecerse, si lo que se pretende es valorar con un peso específico suficiente, por sí mismo, para justificar dar muerte al feto, al peligro para la salud de la mujer, en circunstancias en que éste no es actual o inminente.

En este punto, cobra especial sentido la aplicación normativa del principio de exigibilidad diferenciada, desarrollado por Bascuñán, con el propósito de determinar el margen de referencia, acorde a la Constitución, del deber de tolerancia del embarazo por parte de la mujer. El razonamiento se basa en que: *“Un cierto margen y grado de afectación de intereses personalísimos de la mujer es inherente al estado de embarazo (...) Cualquiera situación en la que el embarazo origine para la mujer el sacrificio de sus intereses por encima del margen y grado determinados por la medida anterior pone en cuestión la exigibilidad de tolerarlo”*²⁸.

De lo contrario, el ordenamiento jurídico ampararía la instrumentalización de la mujer, negándole el reconocimiento de un estándar categórico, a partir del cual la imposición de un deber de solidaridad para con el feto deje de ser legítimo. Precisamente, dicho deber no puede considerarse genéricamente, sino que desde la particular posición del feto como ente involucrado en la situación de necesidad, o mejor dicho, como fuente del peligro. Su posición no puede resultar ajena a la aplicación de la causa de justificación, por lo que no puede intervenir

²⁸ BASCUÑÁN R., Antonio. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno*. op. cit. p. 172.

agresivamente en su contra –en el marco de los parámetros del artículo 10 N° 7 del Código Penal – sino que invocando los supuestos propios del estado de necesidad defensivo.

Con ello, resulta pacífico referir su definición en los términos de Coca como: *“Aquel escenario en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “defensivamente” en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un tercero de donde precisamente emana el peligro que amenaza”*²⁹. En suma, como revisamos, dado que el feto no es ajeno a la fuente de peligro, debe descartarse la aplicación del estado de necesidad agresivo, del mismo modo que no puede subsumirse bajo la figura de la legítima defensa, toda vez que el feto no es capaz de acción. Entonces, el estado de necesidad defensivo, a la luz de sus fundamentos axiológicos, se encontraría situado a mitad de camino entre ambas hipótesis.

En términos de establecer la clase de vinculación que debe existir entre el peligro y el sujeto de cuya esfera emana, se ha erigido la corriente doctrinal que considera el vínculo fáctico como condición de aplicación del comentado estado de necesidad. Esto es, la acción del sujeto necesitado satisface su fundamentación con la comprobación de un nexo naturalístico, en virtud del cual el peligro emana físicamente de la esfera del sujeto contra el que se dirige la acción defensiva.

Extrapolado al caso del aborto, podría resultar plausible la objeción de Ossandón, al esgrimir que un vínculo de estas características no debería ser considerado relevante: *“A la hora de decidir si la persona sobre quien recae la reacción necesaria es o no un tercero ajeno al peligro, se deben considerar criterios normativos. Solo deja de ser ajeno al peligro aquel a quien se le puede atribuir la creación de ese peligro, quien es competente por el peligro generado, aunque no sea responsable penalmente”*³⁰.

²⁹ COCA, Ivó. *Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. 2011. p. 4.

³⁰ OSSANDÓN W., M. Magdalena. *Aborto y Justificación*. Revista Chilena de Derecho; 39 (2). 2012. p. 343.

La afirmación anterior funge como arma de doble filo, debido a las singularísimas características de la relación simbiótica que se produce entre la mujer embarazada y el feto. Por una parte, la postura de la que forma parte Ossandón, rechaza todo criterio en orden a la vinculación fáctica, que justifique dar muerte al feto, en caso de admitir la aplicación del estado de necesidad defensivo. Sin embargo, esa misma posición exige un deber intensificado de solidaridad por parte de la mujer para con el nonato, fundado en el carácter natural del vínculo por el cual ella debe propender, o mejor dicho, sacrificar sus propios intereses personalísimos, en pos de la supervivencia del feto³¹. No obstante, la situación de la mujer debe sortear la restricción que le impone el estándar de la imputación a nivel normativo del vínculo, y una segunda restricción relativa a la ponderación de bienes jurídicos que satisfaga la acción defensiva.

En efecto, como ha sido reiterado en este acápite, el feto no es capaz de accionar agresivamente, puesto que toda acción resulta excluida de su esfera de organización. Tampoco puede argumentarse que llevó a cabo un comportamiento previo, creador de un riesgo reconducible al peligro, al menos susceptible, de imputársele objetivamente, justificando la acción de necesidad en su contra. Por el contrario, el no nacido carece de cualquier clase de responsabilidad anterior – simplemente fue concebido y anidado en el útero de la mujer– al tiempo que no puede realizar una ulterior disposición de su ámbito organizativo, como concreto mecanismo generador de responsabilidad por organización³². Por lo tanto, no resulta posible negar el carácter *“inocente”* de la especie de agresión fetal, así como la imposibilidad de imputarle una clara responsabilidad penal por ello.

Sin embargo, y tal como lo advierte Mañalich: *“Para que una acción resulte permitida sub especie estado de necesidad defensivo no es necesario que la generación del peligro de cuya neutralización se trata constituya una agresión antijurídica*

³¹ WILENMANN, Javier. op. cit. p. 294. Al respecto, el autor basa su argumentación en lo que denomina *“la situación natural de la reproducción de la especie humana”*, esgrimiendo que: *“La mujer se encuentra por naturaleza en una situación de solidaridad con el feto necesaria para la supervivencia de éste, y la conservación de la vida del feto depende del mantenimiento de esa situación de solidaridad”*.

³² COCA, Ivó. op. cit. p. 15.

*susceptible de ser plenamente imputable a la persona del agresor*³³. Como parte de su argumentación, alude a un punto crucial: el reclamo de autonomía de la mujer como elemento que debe ser lo suficientemente fuerte como para determinar que el derecho a la vida que se busca atribuir al embrión o feto, no equivalga a un derecho a permanecer en un estado de simbiosis para con el organismo de la mujer embarazada³⁴.

No resulta legítimo ni conforme a la Constitución, negarle a la mujer el derecho a reaccionar atacando la fuente de peligro, aunque ello implique la afectación de un *“inocente”*. Esta última expresión, bajo cierta interpretación, puede resultar bastante poco afortunada, puesto que no existe una contrapartida de aquello, según la cual la mujer pudiese ser calificada como *“culpable”* de ejercer la acción defensiva, dentro de cuyo marco se considera que el sujeto necesitado puede lesionar más intensamente los intereses del sujeto destinatario de la acción, que en los casos de estado de necesidad agresivo³⁵. La mujer ejerce una prerrogativa que el derecho justifica, y que rebasa los límites del peligro letal actual o inminente procedente del feto. Ambos sujetos, entonces, son igualmente *“inocentes”* a este respecto.

En consecuencia, resulta del todo incorrecta la consideración de Silva Sánchez, que posiciona al concebido *“no deseado”* como un agresor, a partir de lo cual es excluido de la distribución social de los bienes, siendo *“des-humanizado”* y considerado como enemigo³⁶. Aquello supone prejuzgar negativamente una legítima acción defensiva por parte de la mujer, concediéndole al feto un estatus jurídico del que carece –no puede competir en el espacio de los derechos, puesto que carece de titularidad para ello– excluyendo la admisión del estado de necesidad defensivo, en base a una pretensión antagónica que no repara en que la inocencia del no nacido, no prejuzga en sentido alguno la prerrogativa de la mujer.

³³ MAÑALICH, Juan Pablo. op. cit. p. 309.

³⁴ Ibid. p. 312.

³⁵ COCA, Ivó. op. cit. p. 3.

³⁶ SILVA S., Jesús-María. *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2007. p. 6.

Y es que, en ningún caso, resulta superficial la distinción entre el fundamento de ambas instituciones, y la inversión del estándar de proporcionalidad del estado de necesidad agresivo, en los casos en que el sujeto afectado por la acción defensiva, es competente por el peligro. Al considerar que el estado de necesidad agresivo exige la satisfacción de un estándar de preponderancia en la ponderación entre los intereses en conflicto, dicho requerimiento no permanece en el estado de necesidad defensivo, el cual se conforma con la mera equivalencia entre el interés de protección y el interés de afectación³⁷. Aquello es el fundamento que posibilita su aplicación al momento de salvaguardar una vida humana por sobre otra, las cuales son, por definición, equivalentes.

En suma, el ordenamiento jurídico no puede exigirle legítimamente a la mujer un sacrificio de sus intereses personalísimos que supere el umbral propio del estado de gravedad. Aquello, como expresa Bascuñán, representaría una vulneración al principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, al negarle únicamente a la mujer embarazada respecto del feto, un derecho que tiene cualquier persona respecto de otra³⁸. Sin embargo, aún restaría examinar el preponderante rol que asume el principio de autonomía, esbozado en la presente sección, como límite a la ponderación de intereses ya realizada, a saber, la propia del estado de necesidad defensivo; emanado de la justificación del aborto consentido en situaciones excepcionales de inexigibilidad, que constituyen indicaciones.

3. Ley N° 21.030: Fundamentos de un cambio de paradigma hacia la despenalización

El Mensaje presidencial con el cual se inició el proyecto de ley que reguló la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, en un apartado denominado *“El Estado debe proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, reconociendo su autonomía”*, expuso lo que a continuación se transcribe:

³⁷ BASCUÑÁN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. loc. cit. p. 70.

³⁸ BASCUÑÁN R., Antonio. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno*. op. cit. p. 171.

*“La presentación del proyecto de ley tiene como fundamento el respeto por la vida. Es esencial que el Estado promueva las condiciones para una vida digna, por lo que resulta indispensable la protección de la vida de la mujer, así como la del que está por nacer. Por lo mismo, este proyecto tiene su fundamento principal en el reconocimiento de ciertos hechos, bien definidos, en que debemos reconocer que **el Estado no puede castigar a una mujer por no perseverar en un embarazo que no desea y que la sitúa en una posición extrema**” (énfasis agregado)³⁹.*

3.1. El principio de autonomía reproductiva

Al abocarse en el análisis de los fundamentos subyacentes a la ley que impulsó la regulación del aborto consentido, vigente actualmente en Chile, cabe destacar que desde su origen, existió un énfasis distintivo, que se apartaba de las consideraciones que habían fundado el tratamiento de dicha conducta a lo largo de la historia legislativa, incluso en aquellos casos en que no existió una prohibición absoluta de abortar. Nos referimos a la valoración de la autonomía de la mujer como derecho fundamental, constitucionalmente garantizado en nuestro ordenamiento jurídico, e integrante del sistema internacional de derechos humanos⁴⁰. Hasta el momento, aquello había sido un elemento escasamente percibido, obedeciendo a una concepción jurídica abstracta, que no otorgaba reconocimiento a los particulares derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En esa línea, cobra especial sentido la crítica que el pensamiento feminista realiza a la concepción de autonomía, propia del ideario liberal, que se construye a partir de un sujeto abstracto y asexuado. Por lo tanto, en los términos planteados por Zúñiga, un análisis de la regulación, desde una perspectiva particular del sujeto femenino:

³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 21.030*. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje en Sesión 123. Legislatura 362. 31 de enero de 2015.

⁴⁰ Véase las observaciones finales del *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*: Chile, 36° período de sesiones. 25 de agosto de 2006. CEDAW/C/CHI/CO/4, Párrafos 19 y 20. Se expuso: “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 (...) El Comité recomienda que el Estado Parte considere la revisión de las leyes relativas al aborto con miras a suprimir las disposiciones punitivas aplicables a las mujeres que se someten a abortos”.

“Supone una afirmación de la competencia moral de las mujeres para tomar decisiones en materia procreativa, y el consiguiente rechazo a las regulaciones punitivas que niegan tal competencia y que simbolizan los cuerpos de las mujeres como meras incubadoras”⁴¹.

La preponderancia de la noción de autonomía de la mujer, en un marco de sistema de derechos, funge como límite a la ponderación de intereses en favor de la vida del feto. Como examinamos en la sección anterior, el fundamento de la justificación constitucional del aborto consentido reside en la figura del estado de necesidad defensivo. Sin embargo, como señala Bascuñán, en el caso de las indicaciones, esto es, situaciones excepcionales de exclusión de la ilicitud del aborto, lo que las diferencia del caso paradigmático de aplicación del estado de necesidad defensivo, es la consideración diferenciada del interés de autonomía de la mujer⁴².

En consecuencia, dicha autonomía opera como límite a la ponderación ya existente, identificando aquellos casos en que el deber de solidaridad de la mujer es más fuerte que el exigido por la ponderación, que le otorga primacía a la vida del feto. El principio de autonomía opera a modo de *“constreñimiento deontológico”⁴³*, que impide la instrumentalización del cuerpo de la mujer, fundado en la dignidad de la persona, que prohíbe su sacrificio con el fin de salvaguardar la vida de otro ser humano. Es por ello que las indicaciones no constituyen un caso de estado de necesidad *stricto sensu* –tratándose de la situación de peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada – a pesar de asimilarse en su estructura, puesto que su estándar categórico se basa en el principio de autonomía.

A nivel constitucional, es posible identificar la consagración de la autonomía reproductiva de la mujer como correlato del derecho a la vida privada, en el sentido del artículo 19 N° 4 de la Constitución, en virtud de que, como destaca Bascuñán: *“La*

⁴¹ ZÚÑIGA A., Yanira. *Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista*. Revista *Ius et Praxis*. Año 19; 1. 2013. p. 290.

⁴² BASCUÑÁN R., Antonio. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno*. op. cit. p. 173.

⁴³ *Ibid.* p. 174.

*decisión de cuándo y en qué condiciones tener uno o más hijos pertenece al ámbito más íntimo y significativo de la vida personal, y en tal carácter debe quedar entregado a la determinación más exclusiva del individuo*⁴⁴. Asimismo, dicha autonomía forma parte del derecho de la mujer a la integridad física y psíquica, en los términos del artículo 19 N° 1 de la Constitución, para lo cual solo se requiere aludir a las especialísimas alteraciones, tanto corporales como mentales, que experimenta la mujer en el estado de embarazo, y que en el caso de no desearlo, el ordenamiento jurídico atenta contra su dignidad al utilizar su cuerpo como medio para favorecer a otro.

En idéntico sentido se pronuncia Mañalich, para quien, una vez satisfecha la condición que reclama la existencia del consentimiento de la propia embarazada, se vuelve permisible la acción abortiva: *“Pues las consecuencias actuales y futuras del desarrollo de un embarazo son de tal envergadura que parece imposible negar que la mujer embarazada siempre contará con una buena razón no sólo para interrumpir el respectivo embarazo, sino también para destruir la vida del feto*”⁴⁵. Nuevamente, se alude a la posición singularísima de la mujer embarazada, cuya voluntad es la única relevante a efectos de determinar la permisibilidad de la acción destructiva.

3.2. El sistema vigente de tres causales de despenalización

Con todo, aún resta esclarecer bajo qué criterios, y con qué grado de reconocimiento, fueron recogidas las consecuencias seguidas a partir de la reconducción de la consagración constitucional del principio de autonomía de la mujer, en virtud de la sistemática propia de los derechos fundamentales.

En efecto, la Ley N° 21.030, que reguló la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, por medio de la introducción de tres causales, constituyó la primera reforma realizada a la regulación del aborto en Chile, desde la modificación

⁴⁴ BASCUÑÁN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. op. cit. p. 71-72.

⁴⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. op. cit. p. 329.

que se efectuó al artículo 119 del Código Sanitario en 1989, en la que, como tuvimos ocasión de exponer, se prohibió la realización de toda conducta cuyo fin fuese provocar un aborto. En ese sentido, la nueva legislación sustituyó el artículo 119 por una nueva redacción que contempló tres situaciones, bajo cuya concurrencia, dándose cumplimiento a ciertos requisitos particulares para cada una de las causales –en relación a la actuación del equipo médico y el consentimiento de la mujer embarazada– se excluía la ilicitud de la realización de la conducta de aborto consentido.

En su núcleo fundamental, la Ley N° 21.030 despenalizó el delito de aborto consentido por la mujer embarazada en tres hipótesis: en primer lugar, cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, por lo que la interrupción del embarazo evita un peligro para su vida. En segundo lugar, cuando el feto padezca una malformación estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina independiente; y en tercer lugar, cuando el embarazo sea resultado de una violación.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico estableció un sistema de indicaciones, esto es, una configuración que supedita la no punibilidad del aborto a la verificación, por parte de un tercero, de supuestos de hecho taxativamente definidos e independientes de la sola voluntad de la mujer⁴⁶. Estableciendo un correlato con la sistemática presente en el derecho comparado, se advierte que el derecho chileno contempló una “*indicación terapéutica*”, una “*indicación embriopática*” y una “*indicación criminológica o ético-social*”, respectivamente. Por lo tanto, debe atenderse al fundamento de la despenalización, para determinar qué clase de interés pretendió concretar el legislador, en orden a hacerse cargo de la situación extrema de la mujer que vive un embarazo no deseado.

De partida, la expresión “*despenalización*” debe ser dilucidada en su correcto sentido y alcance, a fin de establecer las consecuencias normativas que de ella se derivan,

⁴⁶ HERNÁNDEZ, Héctor. *La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación*. En: CASAS, Lidia y LAWSON, Delfina. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Centro de Derechos Humanos UDP. 2016. p. 230.

dado que, en los términos de Hernández: “(...) *las razones por las cuales una conducta genéricamente descrita en un tipo penal puede no ser punible en el caso concreto son de naturaleza muy variada, como variadas son también las consecuencias que, más allá de la no punibilidad de la conducta, se derivan de la naturaleza específica que se le asigne a la razón “despenalizadora”*”⁴⁷.

Siguiendo a este autor, se plantea que aquello puede obedecer a razones político-criminales, en el marco propio de las *excusas legales absolutorias*, en virtud de las cuales no se duda del carácter ilícito de la conducta, pero por especiales circunstancias, el derecho considera prudente eximir de pena al sujeto. Otra posibilidad de fundamento recae en las *causas de exculpación*, que atienden a la inexigibilidad de reprochar el hecho típico y antijurídico. En ambos casos, el disvalor de la conducta, recaído en su carácter plenamente ilícito, no sufre ningún tipo de afectación.

Sin embargo, el fundamento radicado en sede de antijuridicidad resulta muy distinto. Bajo sus parámetros, el sentido de la despenalización significa el reconocimiento de que la persona que realiza la conducta tiene el derecho a realizarla, eliminando su carácter ilícito, a diferencia de lo que ocurre en las dos hipótesis anteriores. La despenalización del aborto consentido realizada por la Ley N° 21.030, entendidas sus causales como *causas de justificación*, implica un reconocimiento a la legitimación de una prerrogativa que se le reconoce a la mujer embarazada, cuya consecuencia se manifiesta en la conformidad a derecho de una conducta que se encuentra generalmente prohibida.

En virtud de dicha justificación, y tomando en consideración que el nuevo artículo 119 del Código Sanitario emplea la expresión “*se autoriza la interrupción de su embarazo*”, Reyes y Winter han postulado que: “*Dicha autorización se reconduce sistemáticamente a la eximente del art. 10 N° 10 del Código Penal, por lo cual el aborto practicado en los casos y mediando los requisitos del art. 119 del Código*

⁴⁷ Ibid. p. 239.

*Sanitario debe ser considerado como un ejercicio legítimo de la profesión médica, mientras que el aborto que la mujer se hace practicar satisfaciendo los presupuestos de justificación regulados por el reformado art. 119 constituyen el legítimo ejercicio de un derecho*⁴⁸.

En este punto, cobra especial importancia la noción del carácter de metarregla del artículo 10 N° 10 del Código Penal, advertido por Bascuñán, como justificación a la negativa de aceptar como correctas las tesis de la doctrina, que perseguían fundar la figura del aborto terapéutico –en relación con el antiguo artículo 119 del Código Sanitario, anterior a la prohibición absoluta de practicar la conducta– en el ejercicio legítimo de la profesión médica⁴⁹. Con todo, la expresión “*metarregla*” significa que, por sí misma, la disposición cumple una función vacía de contenido sustantivo, puesto que otorga primacía a las normas que regulan el ejercicio de la profesión médica, permitiendo la realización de la conducta típica. En otras palabras, posee un carácter instrumental, por lo que necesariamente debe existir alguna norma legal que opere como autorización.

En consecuencia, la Ley N° 21.030 permitió poner fin a la ausencia de reglas a las cuales remitirse, proveyendo de contenido al referido artículo 10 N° 10, en virtud de la modificación al artículo 344 del Código Penal, que estableció que la realización del tipo de aborto de la mujer embarazada requiere que éste se lleve a cabo fuera de los casos autorizados por la ley. Por lo tanto, la función de esta disposición se corresponde con la desempeñada por la metarregla del art. 10 N° 10, al permitir la operatividad sistemática de las causas de justificación en la conducta de aborto consentido. En virtud de lo anterior, las normas modificadas por la nueva legislación, deben comprenderse a la luz de un mismo fundamento, que dota de justificación a un hecho típico, a partir de los requisitos formales que establece el artículo 119 del

⁴⁸ REYES L., Mauricio y WINTER E., Jaime. *Panorama de la Ley N° 21.030 sobre interrupción voluntaria del embarazo*. Academia Judicial de Chile. p. 2.

⁴⁹ BASCUÑÁN R., Antonio. *La licitud del aborto consentido en el derecho chileno*. op. cit. pp. 150-151.

Código Sanitario, pero con la necesaria exclusión de la ilicitud en materia penal. Así, ya no resulta necesario acudir a una interpretación de la *lex artis* médica, dado que la legislación diseñó su propia herramienta jurídica.

3.3. Consideraciones preliminares

Como resultado del examen realizado en las secciones anteriores, resulta posible aventurar que nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.030, configuró un avance moderado hacia el reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, en miras a la despenalización del aborto consentido. En ese plano, un reconocimiento pleno de sus derechos habría abogado por un sistema de plazos, en cuyo marco temporal y normativo la mujer embarazada pudiese decidir abortar libremente. Sin embargo, el propósito del presente trabajo no pretende realizar un análisis de *lege ferenda*, en razón de la línea que debiesen recorrer los futuros cambios legislativos en esta materia, sino que busca centrarse en el sentido que subyace a la actual regulación.

En suma, sobre las bases estudiadas a lo largo de este capítulo, en atención a la justificación del aborto consentido en virtud del estado de necesidad defensivo, y a la actual estructura de causas de justificación de las tres hipótesis del artículo 119 del Código Sanitario, corresponde centrarnos en las problemáticas de fundamentación de la segunda causal, cuyo texto señala: *“El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal”*. De ese modo, resultan pertinentes los fundamentos que permiten comprender, genéricamente, la figura abortiva, pero deberá determinarse si resultan, por sí mismos, suficientes para determinar el correcto sentido y alcance de la indicación embriopática que consagra el derecho chileno.

CAPÍTULO 2

SISTEMAS COMPARADOS: HACIA UNA ADECUADA COMPRENSIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA

En el presente capítulo, se llevará a cabo un análisis de los fundamentos que han configurado la regulación de la figura del aborto consentido en el derecho comparado. Con ese fin, examinaremos la estructura jurídica propia de los ordenamientos de Alemania y España, con especial énfasis en lo que se refiere al tratamiento otorgado a la indicación embriopática, que constituye el núcleo fundamental de este trabajo. Luego, en virtud de aquello resultará posible responder a la interrogante acerca de, bajo qué criterios, dichos fundamentos son susceptibles de contribuir al correcto entendimiento de nuestra normativa interna.

1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán

Si nuestro propósito consiste en comprender el modo en que el derecho alemán ha afrontado la regulación del aborto consentido, abordando aristas ya desarrolladas en el capítulo anterior, tales como el deber de protección a la vida del *nasciturus*, la afectación de los derechos personalísimos de la mujer embarazada, y su adecuada conjugación a la luz de la Constitución; es, entonces, fundamental recurrir a las decisivas sentencias, mediante las cuales se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán, como bases de las respuestas –que, a su vez, generan nuevas interrogantes– con las que la justicia constitucional ha influido en el derecho, ejerciendo una potestad normativa de especial relevancia.

El Tribunal Constitucional ha marcado la evolución del aborto consentido en Alemania en dos oportunidades, dictando fallos que no solo obedecieron a momentos históricos distintos, sino que, en conjunto, constituyeron un engranaje capaz de reforzar su tesis central, que, como se analizará posteriormente, permea el contenido de ambas sentencias, manteniendo su fuerza vinculante, a pesar de que el

control constitucional de la ley tenga por objeto una legislación distinta como motivo de cada pronunciamiento, y de las estructuras de reglamentación de la figura abortiva, que experimentaron transformaciones en sintonía con la posición originaria y la posición actual, expresadas por el órgano de jurisdicción constitucional alemán.

1.1. Comentario a la sentencia de 1975

El Código Penal correspondiente a la legislación federal alemana, sancionaba el aborto, a la fecha de 1974, como regla general, exceptuada por aquellos supuestos bajo los cuales se configurase una causal de justificación o exculpación. En ese contexto normativo, se dio lugar a la presentación de un proyecto que perseguía establecer un sistema de indicaciones, de una manera más amplia en relación con la propia noción de causas de justificación, en virtud del aborto consentido por la mujer embarazada y practicado por un médico.

El Tribunal Constitucional, en un procedimiento de control abstracto de normas, de carácter preventivo, se pronunció acerca de la constitucionalidad del proyecto de la 5° Ley de Reforma del Derecho Penal, cuyo núcleo establecía un sistema de plazo con consejo forzoso, que eximía de pena por el delito de aborto, en circunstancias que concurriera la voluntad de la mujer embarazada y el respectivo procedimiento médico, antes de que transcurrieran doce semanas desde la concepción. Asimismo, establecía una indicación terapéutica y una embriopática, para el aborto consentido practicado por un médico con posterioridad al plazo expresado. En cuanto a la constatación de haberse llevado a cabo el consejo previo y la efectiva concurrencia de las indicaciones, se configuraban sanciones especiales⁵⁰.

El punto de partida fundamental del razonamiento del Tribunal, se origina en virtud del desarrollo de la noción del derecho a la vida que consagra la Ley Fundamental alemana. La sentencia se pronuncia a favor del reconocimiento del ámbito de protección de la existencia del ser humano, desde la propia vida del feto en el vientre

⁵⁰ BASCUÑÁN R., Antonio. *Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado*. Revista de Derecho Público; 63. p. 224.

materno, cuyo valor se representa como bien jurídico independiente. Por lo tanto, aquello se aparta de una concepción restrictiva del derecho a la vida, descartando que criterios, que pudiesen resultar decisivos, a saber, el nacimiento o la verificación de la viabilidad del no nacido, puedan operar con la capacidad de reducir la consideración de la vida del *nasciturus* como bien jurídico de rango constitucional.

En consecuencia, el deber de protección de la vida del ser humano no nacido, así erigido, encuentra su destinatario en el Estado. La tesis del Tribunal, si bien se inicia advirtiendo que el derecho a la vida detenta el carácter de norma objetiva presente en la Constitución; lo que a su vez permite, como lo señala Bascuñán, que la sentencia no llegue a afirmar que el feto es titular de un derecho subjetivo público, porque no necesita pronunciarse al respecto⁵¹; no se agota en una premisa meramente abstracta del reconocimiento del bien jurídico protegido, sino que, desde ese punto en adelante, dirigirá su razonamiento hacia la construcción de un deber de resguardo efectivo, ejercido por el aparato estatal.

La circunstancia de que el Tribunal Constitucional alemán posicione la vida humana, siguiendo el criterio de fijación del día decimocuarto desde la concepción, como baremo biológico que justifica su protección máxima a nivel constitucional, resulta fuertemente indiciaria de la jerarquía que le concederá al abordar el ámbito de protección de que son merecedores los derechos personalísimos de la mujer. Al respecto, la doctrina ha señalado que: *“La protección de la vida del feto disfruta de preferencia, durante toda la gestación y de un modo general, frente al derecho a la autodeterminación de la embarazada. Esta prelación de derechos no puede contravenirse durante un determinado plazo”*⁵².

El fallo reconoce que el embarazo pone de manifiesto la esfera de autonomía perteneciente a la mujer, en cuanto a la posibilidad de interrupción legítima del embarazo, que, sin embargo, no puede gozar de un pleno reconocimiento, en

⁵¹ Ibid. p. 225.

⁵² STEINER, Udo. *La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto*. Revista Española de Derecho Constitucional; 13 (37). Enero-Abril 1993. p. 163.

detrimento del bien jurídico protegido, representado por la vida del feto, puesto que la preeminencia del derecho de la mujer implica una completa anulación del *nasciturus*, eliminándolo de la esfera del conflicto.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consigna la conformidad a la Ley Fundamental alemana, de aquella normativa que otorgue preponderancia a la vida del no nacido. Siguiendo a Bascuñán, la ponderación se resuelve en favor de la existencia del feto, dado que: *“La intensidad de la afectación de la vida del nasciturus que se seguiría de permitir el aborto es incomparablemente mayor que la intensidad de la afectación de la autodeterminación de la mujer que se sigue de prohibir el aborto”*⁵³. En suma, se asienta una línea jurisprudencial que no despierta duda alguna acerca del alcance de la preferencia de la vida del feto, en el marco de una regla jurídica general.

Aludimos a que constituye la directriz que orienta la generalidad de los casos, debido a que el Tribunal, por otra parte, reconoce la existencia de casos excepcionales en que la ponderación de intereses en conflicto, puede legítimamente decidirse a favor de los derechos personalísimos de la mujer embarazada. El fundamento de aquello resulta conocido para el examen del presente trabajo, al haber sido abordado bajo la nomenclatura del *principio de exigibilidad diferenciada*, en virtud del cual se considera que ciertas circunstancias que traspasan el umbral de afectación inherente al estado de embarazo, en su condición normal, no pueden operar como criterio de exigibilidad para su tolerancia. En esos casos, la esfera de la personalidad íntima de la mujer, exige que el Estado se pronuncie, otorgándole primacía por sobre el feto.

En el ámbito de la excepcionalidad, la situación paradigmática que agrava extraordinariamente el deber de soportar el embarazo, está constituido por el riesgo vital o grave peligro para la salud de la mujer, que lo tornan inexigible, de conformidad con la Constitución, en concordancia con el razonamiento expresado en la sentencia. Sin embargo, la propia Ley Fundamental hace posible la configuración de otros supuestos que representan una carga que se opone a la exigibilidad

⁵³ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* p. 225.

antedicha, como las indicaciones embriopática, criminológica y ético-social. En definitiva, a pesar de que cada una envuelve situaciones particulares, el Tribunal Constitucional considera que representan valores personalísimos cuya urgencia los hace merecedores de ser opuestos al Estado, frente a la protección constitucional del no nacido, dotándolos de un rango preponderante. Fuera de esas circunstancias, el aborto debe ser considerado como un acto antijurídico.

Sin embargo, de la determinación del injusto de la conducta durante la totalidad del período de gestación, no se sigue necesariamente, a juicio del Tribunal, que el legislador deba optar por la punición penal del comportamiento. Aquello constituye un cuestionamiento decisivo, puesto que la sentencia, que precisamente resuelve un control de constitucionalidad de un proyecto de ley que pretende reformar el artículo 218 del Código Penal, no da por sentado que deba ser esta rama del derecho la encargada, como obra de un mandato primario, de proteger efectivamente la vida del feto.

La sentencia concibe la utilización de la sanción penal como medio de protección, observando su dependencia a la decisión del legislador, quien está obligado a dar cuenta del carácter antijurídico de la conducta, pero en ningún caso se le exige un deber absoluto de recurrir a su punición. Es así como en el caso extremo en que la protección ordenada por la Constitución no pueda satisfacerse con otra medida, el Tribunal entiende que el legislador está obligado a hacer uso del derecho penal. Por lo tanto, debe acreditarse la insuficiencia de las diferentes vías sancionatorias, en virtud del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, sin perder de vista que se trata de una obligación derivada del deber de protección establecido por la Constitución⁵⁴.

Con todo, la sentencia declaró inconstitucional la mencionada 5° Ley de Reforma del Derecho Penal, al concluir que sus disposiciones: *“No cumplen cabalmente el deber de expresar con claridad la antijuridicidad del aborto cometido fuera de los casos de inexigibilidad (...) y no establecen un procedimiento de consejo forzoso que pueda*

⁵⁴ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* p. 228.

*ser considerado como medida satisfactoria de protección efectiva sustitutiva de la sanción penal*⁵⁵.

En definitiva, el Tribunal Constitucional consideró que la autorización de la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses era incompatible con el derecho a la vida del feto, garantizado por la Constitución alemana. Como lo ha consignado la doctrina, debe realizarse la distinción entre las situaciones excepcionales, cuya realización se encuentra autorizada por el derecho, en contraposición con aquellas interrupciones del embarazo motivadas por supuestos que no se corresponden con el orden de valores de la Ley Fundamental. Así, siguiendo la conclusión de Barreiro: *“El TCF viene a postular, en el fondo, que solo el sistema de indicaciones permite proteger adecuadamente la vida en formación tutelada por la Constitución alemana”*⁵⁶.

1.2. Alcances de la evolución de la indicación embriopática

Tal como ha sido señalado en el acápite anterior, el sistema alemán consideraba un modelo de indicaciones, constitutivo de circunstancias excepcionales, bajo cuya concurrencia se suspendía el juicio de antijuridicidad de la conducta. En ese plano, basándose en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, se aprobó en 1976 la 15° Ley de Modificación del Derecho Penal, que precisamente estableció un sistema amplio de indicaciones. De ese modo, los artículos 218 y siguientes del Código Penal alemán, representaron una solución intermedia, que, en principio, parecía adecuarse a los criterios de constitucionalidad expuestos anteriormente.

El aborto consentido por la mujer y practicado por un médico quedaba justificado, si resultaba adecuado para evitar un peligro para la vida o un peligro de grave afectación para la salud de la mujer, conforme a un juicio médico. Asimismo, el sistema de indicaciones prescribía un procedimiento de consejo forzoso al cual debía

⁵⁵ Ibid. p. 228.

⁵⁶ BARREIRO, Agustín. *El aborto en la reforma penal española (1980-1992)*. 1993. p. 199.

someterse la mujer y una exigencia de certificación de un segundo médico⁵⁷. Aquellas circunstancias constituían los requisitos procedimentales que justificaban la práctica de la conducta abortiva, y que además comprendían una causa personal de exclusión de la punibilidad para la mujer que se hiciera practicar un aborto por un médico, habiendo dado cumplimiento a las exigencias legales.

En lo que respecta a la indicación embriopática, su diseño se fundaba en la valoración de una grave malformación del feto, como elemento que permitía establecer la inexigibilidad del deber de tolerancia del embarazo por parte de la mujer, en atención a la carga superior que significaba que el no nacido padeciera una patología que lo distinguiera de las condiciones de viabilidad propias de un feto sano, cuya existencia resultare compatible con la vida extrauterina independiente.

El Código Penal establecía que esta indicación justificaba el aborto hasta la vigesimosegunda semana de embarazo, dando lugar a un plazo más amplio que el considerado para las indicaciones social y criminológica, en cuyo marco resultaba conforme a derecho la práctica de la conducta dentro de las doce primeras semanas de gestación. Nos parece que el fundamento de la distinción reside en la necesidad de acreditar la grave malformación experimentada por el *nasciturus*, la que difícilmente podría corroborarse con completa claridad durante el primer trimestre del embarazo. Sin embargo, la legislación adoptaba una postura moderada, dado que la circunstancia de la malformación justificaba el aborto bajo un límite temporal.

La indicación embriopática, por expresa disposición legal, gozaba de una estructura particular, distinta a la configuración de la indicación social, que respondía a una situación de grave necesidad de la mujer, en atención a criterios propios del contexto socio-familiar. Al respecto, el artículo 218 a) párrafo segundo número tercero del Código Penal alemán, expresaba que la interrupción del embarazo no sería punible cuando fuere necesaria: *“Para evitar el peligro de una emergencia para la gestante, que sea de tal gravedad que no pueda exigírsele proseguir con el embarazo, no*

⁵⁷ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* Véase en relación con los artículos 218 a-I, II y III, 218 b y 219 del Código Penal alemán vigente hasta la reforma de 1992.

pudiendo dicho peligro ser evitado de otra forma razonable". Además, la embarazada debía ser informada por un experto acerca de los aspectos sociales relativos a la interrupción del embarazo, dándole a conocer sobre las ayudas públicas y privadas disponibles para embarazadas, en particular aquéllas que facilitaren la prosecución del embarazo⁵⁸.

Es relevante enfatizar en dicha circunstancia, puesto que esta última indicación acabaría dirigiendo el carácter de la regulación. En los términos de Bascuñán: *"En los hechos, esta regulación tuvo el carácter de un sistema de plazo encubierto. Más del ochenta por ciento de la alta tasa de abortos lícitos en Alemania tenían lugar bajo la indicación social, sin que existiera un control efectivo de la concurrencia de sus presupuestos objetivos"*⁵⁹. Aquello acabó por subvertir el fundamento que inspiraba el tratamiento jurídico otorgado al aborto consentido, producto del diálogo entre el legislador y el Tribunal Constitucional Federal, que había alcanzado un consenso acerca de la idoneidad del modelo de indicaciones –en contraposición al rechazado modelo general de plazos– puesto que, en la práctica, estaba afectando el deber de protección efectiva de la vida del *nasciturus*, de reconocimiento constitucional.

1.3. Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1993

El episodio histórico relativo a la unificación de Alemania en 1990, fungió como instancia decisiva para la contraposición de posturas acerca de la regulación del aborto. En efecto, tal como ha sido señalado, la República Federal Alemana se encontraba regida por un modelo de indicaciones, mientras que la República Democrática Alemana había optado por un modelo de plazos. El proceso de reunificación no impidió que ambas regulaciones mantuvieran su vigencia, debido a la falta de acuerdo entre ambos gobiernos alemanes, a fin de adoptar uno u otro sistema.

⁵⁸ STEINER, Udo. *op. cit.* p. 160.

⁵⁹ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* p. 228.

Así las cosas, el Tratado de Unificación de 31 de agosto de 1990 postuló la necesidad de alcanzar un compromiso sobre la materia de aborto, mandando que el nuevo legislador de toda Alemania debía llevar a término, como plazo máximo hasta fines de 1992, una nueva normativa relativa a la interrupción del embarazo⁶⁰. A juicio de Bascuñán, se trató de una norma sagazmente formulada, debido a que implicaba, de modo imprescindible, el respeto al límite constitucional de la República Federal, con lo que: “(...) se encuentra fuera de discusión la relevancia constitucional de la vida del nasciturus en tanto límite de cualquier política legislativa sobre el aborto”⁶¹.

Con este objetivo, el Parlamento Federal alemán aprobó finalmente una nueva regulación de la interrupción del embarazo, materializada en la Ley de Asistencia a la Familia y la Mujer Embarazada, de 27 de julio de 1992⁶², cuyo contenido se situaba como una posición intermedia entre ambos sistemas vigentes. En lo esencial, se estableció un sistema de plazo con consejo forzoso como causa de justificación del aborto consentido, que abogaba por la protección constitucional de la vida del feto, sin dejar de lado la consideración a la autonomía de la mujer embarazada. Sin embargo, aquello resultó insuficiente para el Gobierno del Estado Libre de Baviera, que en conjunto con la facción parlamentaria cristiano-demócrata, impugnaron la constitucionalidad de la nueva regulación ante el Tribunal Constitucional Federal.

En este nuevo pronunciamiento, el órgano de jurisdicción constitucional reiteró su premisa anterior, en orden al deber que pesa sobre el Estado de proteger la vida del feto, prohibiendo aquella conducta que atenta en su contra. Asimismo, la sentencia manifestó la inexistencia de un deber absoluto de protección de su vida, reconociendo nuevamente la inversión de su rango de jerarquía, frente a aquellas situaciones excepcionales que exigen otorgarla preeminencia a los derechos de la

⁶⁰ ESER, Albin. *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado*. Actualidad Penal; 4 (24). 1994. p. 55.

⁶¹ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* p. 229.

⁶² El título completo de esta ley es: “Ley para la protección de la vida prenatal / gestante, para el fomento de una sociedad favorable a los niños, para la ayuda de los conflictos del embarazo y la regulación de la interrupción del embarazo”.

mujer. Luego, como parte del núcleo del razonamiento del Tribunal Constitucional, así advertido por Bascuñán⁶³, el fallo se encarga de justificar la prescindencia de la pena como medio de protección efectivo de la vida del *nasciturus*. Si bien esta última consideración ya había sido objeto del tratamiento de la sentencia de 1993, en esta oportunidad lo que destaca es la decisión del Tribunal de hacer uso de su potestad de dictar una reglamentación de ejecución, invalidando la legislación impugnada, y estableciendo un sistema de plazos con consejo efectivo, conforme a la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional persigue que el ordenamiento jurídico proteja auténticamente el bien jurídico representado por la vida del feto. Es por ello que proclama la inidoneidad de la sanción penal como castigo a los intervinientes en el aborto, la exclusión de la admisibilidad de la legítima defensa del no nacido, junto con garantizar una asistencia social mínima a la mujer embarazada y el secreto médico en relación con el aborto. Estos requerimientos esgrimidos en la sentencia resultan fundamentales, pues la mayor lección que puede desprenderse de la jurisprudencia constitucional alemana es que el legislador está obligado a prohibir el aborto, pero no a hacer efectivas todas las consecuencias que de esa prohibición se deducen⁶⁴.

En este punto, resulta fundamental comprender qué consecuencias se siguen en virtud de la determinación de la inadecuación de la pena como medio de protección. Primeramente, el Tribunal Constitucional no agota su razonamiento en el establecimiento de la ilicitud de la conducta, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales en que se encuentra justificada, sino que desarrolla una visión de justicia política, según la cual la prescindencia de la pena requiere de un refuerzo estatal de la protección social, que encarna verdaderamente el medio idóneo con el que el sistema jurídico alcanza el fin de protección. Aquello representa una experiencia bastante particular, que ofrece la jurisdicción alemana, en la que nos encontramos con un Tribunal que hizo uso importantísimo de su potestad normativa,

⁶³ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* p. 232.

⁶⁴ *Ibid.* p. 233.

empleándola como una actuación reglamentaria de ejecución, lo que constituye el rasgo característico de esta segunda sentencia.

Lo anterior se refleja en la decisión en torno al artículo 218 del Código Penal alemán, ante el cual el fallo opta por despenalizar la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas posteriores al procedimiento de consejo obligatorio en una situación de necesidad, en el sentido de que la conducta no se considera punible, a pesar de que continúa siendo antijurídica. En lo anterior reside la diferencia entre el criterio asentado por el Tribunal Constitucional, que ahonda en las consecuencias que se derivan de la distinción entre la antijuridicidad y el reproche penal del comportamiento, frente a la posición de la legislación impugnada, que consideraba el aborto, en cumplimiento de los requerimientos procedimentales, y fuera de las situaciones de inexigibilidad, como una acción justificada.

Bascuñán enfatiza en la especie de binomio producido entre la necesidad constitucional de establecer una prohibición legal del aborto, a la vez que debe prescindirse de su punición. Este autor se pregunta acerca de la necesidad de dicha prohibición, ante lo cual expone lo siguiente: *“La respuesta del TS es muy peculiar: no se puede prescindir del efecto de orientación social favorable al nasciturus que produce la existencia de la prohibición. La significación cultural se transforma aquí en la razón de ser de la norma jurídica”*⁶⁵. En consecuencia, podría argumentarse que la solución que alcanza la sentencia realiza una elección en favor de una suerte de protección simbólica del feto –a diferencia del ejercicio efectivo del *ius puniendi*– lo cual, sin embargo, es incorrecto.

La sentencia se hace cargo de reafirmar la antijuridicidad del aborto consentido, fuera de los casos excepcionales, como la única manera de resguardar el bien jurídico que ha sido objeto de su valoración preeminente desde su control de constitucionalidad de la ley de 1976. La tesis central continúa siendo la misma, dado que el Tribunal Constitucional razona en favor de velar por aquello que le interesa

⁶⁵ Ibid. p. 244.

proteger. Ese es el motivo por el cual evita aplicar ciertas consecuencias derivadas de la antijuridicidad, que en principio podrían manifestar una contradicción. Con todo, nada puede ser menos simbólico que el peculiar caso alemán, en el cual el Tribunal Constitucional está facultado para practicar una potestad normativa de ejecución.

De ese modo lo advierte Domingo, al plantear que resulta incongruente que el Tribunal reconozca eficacia jurídica a los contratos de aborto ilegales, pero no penalizados, en el marco de una doctrina jurisprudencial que defiende la obligación estatal de proteger la vida del nonato⁶⁶. Sin embargo, se trata precisamente de una concesión necesaria que debe entregar el ordenamiento jurídico si lo que se pretende es una conclusión exitosa del procedimiento de consejo.

Resulta ineludible que las políticas de protección social están encaminadas a que, finalmente, la mujer decida no abortar, puesto que, en palabras de Eser: *“El Tribunal Constitucional Federal consideró (...) que la Constitución exige que la mujer sea “animada” para llevar a término su embarazo”*⁶⁷. Así, se fundamenta la consecuencia jurídica de la impunidad del aborto en Alemania, pese a su calificación de antijuridicidad, que llevó a que la sentencia declarara inconstitucionales las prestaciones del seguro social para este tipo de interrupciones, que no se sujetaran a una indicación⁶⁸.

1.4. Derecho penal vigente: la exclusión de la indicación embriopática como causa de justificación

En virtud de la nueva declaración de inconstitucionalidad de la ley, pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal, el legislador recogió sus lineamientos en la Ley de Solución de Conflictos de la Mujer Embarazada, de 21 de agosto de 1995,

⁶⁶ DOMINGO, Rafael. *El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993*. Revista Chilena de Derecho; 21 (2). p. 280.

⁶⁷ ESER, Albin. *op. cit.* p. 71.

⁶⁸ *Ibid.* p. 70.

estableciendo un modelo de plazo sin justificación y con deber de consejo, que constituye el derecho penal vigente en Alemania actualmente.

Como parte de su sistemática, el artículo 218 del Código Penal establece la atipicidad del aborto solicitado por la mujer, con posterioridad al procedimiento de consejo, siempre que sea practicado por un médico dentro de las primeras doce semanas de embarazo. Asimismo, se establecen como causas de justificación las indicaciones médica, sin límite cronológico, y criminológica, dentro de las primeras doce semanas de embarazo. Por su parte, la indicación embriopática no fue considerada como causa de justificación, lo cual ha sido estimado por la doctrina como un grave error, teniendo en consideración que en la práctica resulta sumamente factible que la detección de la patología del feto se produzca una vez transcurrido el plazo de doce semanas señalado⁶⁹.

A este respecto, resulta pertinente preguntarse por el fundamento que debe subyacer al establecimiento de este tipo de indicación en los ordenamientos jurídicos. En el caso alemán, como revisamos, el legislador previó la configuración de una indicación social, cuyo motivo reside en que: *“Lo particular de esa indicación es que la ley considera también las condiciones de vida presentes y futuras de la embarazada, con relación a la pregunta sobre si la interrupción del embarazo es conveniente para evitar un peligro de un grave perjuicio de su estado físico o mental”*⁷⁰. Bajo aquella causal, pueden incluirse situaciones tales como el aborto de un feto al que se le ha detectado síndrome de Down, en virtud de que el énfasis está dirigido a la consideración de la embarazada.

En cambio, como corresponde a la tesis del presente trabajo, el fundamento de la indicación embriopática tiene valor en sí mismo, no pudiendo esgrimirse la irrelevancia de su consideración, por ejemplo, ante el establecimiento de la

⁶⁹ BASCUÑÁN R., Antonio. *op. cit.* p. 233.

⁷⁰ BOHM, María Laura. *Comparación normativa: aborto en Argentina y Alemania*. En: Derecho Penal y Criminología. Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires; 1 (2). 2019. p. 5.

indicación social por el sistema alemán. Ambas obedecen a intereses distintos por parte del legislador –y en el presente caso, mediando la potestad normativa del Tribunal Constitucional Federal– ya que la indicación embriopática, entendida como causa de justificación, encuentra su principal fundamento en las condiciones del feto, producto de malformaciones o patologías congénitas que tornan inviable su existencia extrauterina independiente, y no en las que afectan a la madre, lo cual es propio de la indicación social.

En consecuencia, ambas no pueden ser asimiladas, en circunstancias de que persiguen propósitos que son particulares a cada una. El modelo alemán vigente en la actualidad, al optar por la solución del plazo en conjunto con el asesoramiento, ha adoptado la perspectiva de la embarazada, por lo que el fundamento propio de una indicación embriopática no se condice con el sentido de la estructura de la normativa sobre el aborto, enfocada en la decisión de la mujer en virtud de sus consideraciones, lo que no significa que debamos entender que el legislador optó por subsumirla en el ámbito correspondiente a la indicación social.

2. La STC 53/1985 y su impacto en el sistema de indicaciones del ordenamiento jurídico español

En lo que respecta a la evolución que ha experimentado el derecho español en su tratamiento de la figura del aborto consentido, y tal como ya fue expuesto en relación a la experiencia jurídica alemana, resulta necesario acudir al pronunciamiento, clave en esta materia, emitido por el Tribunal Constitucional, con el objeto de comprender los fundamentos que posibilitaron que España transitara de una regulación de prohibición y punición total y absoluta del aborto, a un modelo que estableció un sistema de indicaciones, cuya configuración servirá de base, en conformidad al objetivo del presente trabajo, para delimitar el correcto sentido y alcance del que debe estar dotada una indicación embriopática, en este caso, a partir del análisis del derecho comparado.

La STC 53/1985 de 11 de abril, resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley de despenalización parcial del aborto, que introducía, de manera inédita para el ordenamiento jurídico español, un modelo de indicaciones, a modo de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. En relación con el núcleo de la alegación, los recurrentes esgrimieron una vulneración al artículo 15 de la Constitución, proclamando la conclusión de que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida. De aquello se sigue una protección penal de la que el proyecto impugnado le privaba, según lo consideraba su propia postura.

En su razonamiento, el Tribunal Constitucional español se aboca a un examen del correcto significado que debe otorgársele a la noción de derechos fundamentales, con el objeto de determinar el alcance de la protección constitucional al no nacido. En consecuencia, según lo consigna Vives Antón, el fallo alude a la Constitución para afirmar, en términos generales, que la obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de tales derechos, adquiere su mayor relevancia en aquellos casos en los que un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. Por lo tanto, del contenido esencial de los derechos fundamentales, se originan obligaciones positivas para el Estado, que debe protegerlos⁷¹.

Siguiendo al mencionado autor, su planteamiento enfatiza en la circunstancia de que el Tribunal Federal alemán, al enfrentarse a la presente cuestión, pudo estimar innecesario decidir si el feto es titular del derecho a la vida o constituía un mero bien jurídico de protección. Bastó con aludir al orden objetivo de valores, propio de los derechos fundamentales, que tiene, en sí mismo, suficiente validez como para servir de fundamento a la decisión constitucional, remitiéndose al carácter de desarrollo continuo de la vida. En cambio, la sentencia del Tribunal Constitucional español diseña su argumento partiendo de la premisa de que los no nacidos no pueden considerarse titulares del derecho a la vida, en los términos del referido artículo 15 de

⁷¹ VIVES A., Tomás. *op. cit.* p. 131.

la Carta Fundamental⁷², no constituyendo aquella circunstancia un obstáculo para estimar que no debe otorgársele protección constitucional al *nasciturus*.

A partir de la construcción basal anteriormente señalada, el Tribunal establece que la protección que el Estado debe dispensar al nonato, implica establecer, a su cargo, una obligación negativa, esto es, de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; junto con la obligación positiva de configurar un sistema legal que suponga la protección efectiva de la vida del feto, que incluye, como última garantía, la aplicación de normas penales. Sin embargo, admite la posibilidad de que, en ciertos casos, el legislador pueda excluir la protección penal de la vida del no nacido. En este punto, la sentencia alude a la necesidad de que el intérprete constitucional tenga en consideración la especificidad de la condición femenina⁷³, presente en un cúmulo de derechos que reconocen su dignidad.

El fallo establece que no resulta jurídicamente admisible dotar de un carácter absoluto a los derechos de la mujer, ni a aquellos valores que emanan de la consideración de la vida del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido. En esa línea, el Tribunal analiza los supuestos del artículo 417 bis, sometido a juicio, y concluye que el legislador puede excluir a al feto de la protección penal, mediando la voluntad de la mujer, en los tres casos que establece la legislación, siempre que se den los requisitos necesarios, que denomina “*medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del(os) precepto(s)*”⁷⁴.

Aquello, precisamente, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, en un sentido también manifestado por parte de los votos particulares presentes en la sentencia, debido a que se esgrime que el Tribunal Constitucional no se encontraba facultado, en el marco de la resolución del entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, para señalarle al legislador cuáles eran los requisitos formales

⁷² Ibid. p. 132.

⁷³ SALINERO, Carmen. *El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la –casi eterna– respuesta a una incertidumbre*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; 20-31. 2018. p. 5.

⁷⁴ Ibid. p. 6.

que debían establecerse con el fin de conformar la conducta abortiva al texto constitucional, dejando de lado el ejercicio de una jurisdicción constitucional negativa⁷⁵.

Por otra parte, si bien la sentencia hace referencia a la especificidad de la condición femenina, en el ámbito de la autodeterminación sexual y reproductiva, no logra, en el desarrollo de su razonamiento, concretar dicho principio en el plano normativo, sino que únicamente indica que se trata de derechos que: *“El Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”*⁷⁶.

En suma, resulta factible esgrimir que la argumentación del Tribunal se torna insuficiente al momento de fundamentar el campo de delimitación jurídica de los derechos fundamentales de la mujer, que están delineados a partir de la exclusión de la protección penal del no nacido en ciertos supuestos, en virtud de los cuales lo verdaderamente relevante para la sentencia es cerciorarse de que la legislación establezca un sistema de resguardo efectivo para su vida. Aquello se manifiesta en la siguiente consideración: *“De forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos”*⁷⁷.

En efecto, el fallo presenta como una de sus grandes preocupaciones el determinar la naturaleza jurídica del feto, como bien jurídico objeto de protección constitucional, frente a una decisión de interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer, en un binomio característico al momento de legislar acerca del establecimiento de un sistema de indicaciones, cuya óptica se encuentra enfocada desde la prohibición general de dar muerte al nonato, y no a partir de la preeminencia de los derechos de

⁷⁵ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. En su voto particular señala que: *“La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometida. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales”*.

⁷⁶ STC 53/1985. 11 de abril. Considerando 8°.

⁷⁷ Ibid. Considerando 12°.

la mujer. Sin embargo, la tensión se produce, en el caso particular de la sentencia en comento, que niega expresamente la titularidad del *nasciturus* de un derecho a la vida, en circunstancias que, como lo expresa Tomás y Valiente, no hay un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer y su símil inexistente por parte del feto, sino que entre dichos derechos y un bien jurídicamente protegido, que es la vida humana en formación.

Así las cosas, adherimos a la conclusión de que el Tribunal Constitucional español no llevó hasta las últimas consecuencias la fundamentación y delimitación del valor con el cual debía materializarse la noción de principios que constituye la “*especificidad de la condición femenina*”, en virtud de una estructura que no se agotara en una mera abstracción o en una elaboración jurisprudencial negativa, a partir del desarrollo jurídico positivo del claro y específico ámbito de protección de que es merecedor el feto.

En suma, y en contra del criterio que pareciera seguir su argumentación, la sentencia declara la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley, no por el sistema de indicaciones en sí, en el sentido de declarar contraria a la Constitución la despenalización del aborto en los supuestos establecidos en el artículo 417 bis, sino que resuelve que la incongruencia se produce por la ausencia de exigencias o requisitos formales con los cuales verificar o comprobar si la interrupción voluntaria del embarazo se encontraba subsumida en dichas indicaciones. A juicio del Tribunal, es la falta de control procedimental de la normativa, de lo que se sigue su carácter formal, el elemento que vulnera el artículo 15 de la Constitución española.

2.1. Graves taras físicas o psíquicas: alcance del sentido del artículo 417 bis N°3 del Código Penal español

Declarada su inconstitucionalidad por la STC 53/1985, la legislación penal recogió la regulación mediante la dictación de la Ley Orgánica 9/1985 de 5 julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que despenalizó parcialmente el delito de aborto, a

través de la introducción de un sistema de indicaciones. En ese sentido, cabe consignar la circunstancia de que la dogmática, al hacer referencia a dicho modelo, que incluye los casos de indicación terapéutica, criminológica o ética, alude indistintamente a la causal restante como embriopática o eugenésica⁷⁸, lo que debe ser criticado, puesto que cada una de ellas, en sí misma, obedece a la concreción de fundamentos del todo diferentes. Por lo tanto, nos centraremos en determinar la correcta naturaleza jurídica de la indicación establecida en el artículo 417 bis N° 3, de la mencionada legislación penal.

En efecto, la tercera circunstancia del reformado artículo 417 bis del Código Penal español, expresó lo que se transcribe a continuación:

“Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

Por lo tanto, debemos abocarnos a determinar la finalidad perseguida por el legislador, en virtud del empleo de la voz *“graves taras físicas o psíquicas”*. Primeramente, podemos realizar una aproximación, en virtud de la definición que la Real Academia Española otorga a la palabra *“tara”*, una de cuyas acepciones la entiende como: *“Defecto físico o psíquico, por lo común importante y de carácter hereditario”*⁷⁹. Asimismo, señala que puede disminuir el valor de alguien, lo cual constituye el entramado crucial para comprender la distinción entre la indicación eugenésica y la indicación embriopática, dado que, si bien, ambas constituyen causas de justificación que permiten la práctica del aborto consentido, el interés

⁷⁸ En relación con aquello, SALINERO, Carmen. *op. cit.* se refiere a dicha indicación como *“eugenésica o embriopática”*. ARROYO Z., Luis. *La indicación eugenésica*, la denomina indicación *“eugenésica”*. En un sentido diverso, LAURENZO C., Patricia. *Desandando el camino. La contrarreforma del aborto*, la califica como indicación *“embriopática”*

⁷⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23° edición. 2018.

propio de la primera de ellas puede reconducirse a la consecución de “*higiene racial*”⁸⁰, en un objetivo de evitación de fenómenos de detrimento biológico, debido a la enfermedad o malformación de seres humanos no nacidos.

Lo anterior representaba el pensamiento característico de la Alemania nacional socialista, evidentemente contrario a los principios de la dignidad humana, al hacer descansar el aborto bajo un fundamento biológico-racial. Es por ello que dicha concepción resulta intolerable de ser aceptada actualmente por los ordenamientos jurídicos, a partir de cuyo rechazo ha sido posible advertir que la evolución experimentada por esta clase de indicación, ha decantado en una modificación de su enfoque, alejada de un parámetro de calificación representativo del darwinismo social⁸¹, para centrarse en la situación de la madre, frente a la cual no resulta legítimo que el Estado le exija un deber de tolerancia de su embarazo, en circunstancias que el feto presenta una grave tara genética.

Sin embargo, nos parece que existe un problema de fundamentación, en base a la reconstrucción que habría sufrido la indicación eugenésica, en el sentido de manifestar una visión a lo sumo amplia del problema, que justifica la inexigibilidad de continuar con el proceso de gestación, por parte de la mujer, no solo por el embarazo en sí mismo, sino por la carga excesiva que representaría la situación de maternidad y crianza de un ser humano que presenta afecciones físicas o psíquicas. En este punto, la argumentación se difumina, puesto que lo verdaderamente relevante, a efectos de comprender la regulación del aborto consentido, es la interrupción del embarazo motivada por un interés actual. Y para el caso en comento, la presunción, que exige la ley, de graves taras, no obedece a una finalidad propia de una indicación embriopática, centrada en la verificación de la inviabilidad extrauterina independiente por parte del feto, sino que a una lógica en la cual, cuando el nonato nazca, estará afectado por un impedimento o minusvalía determinante.

⁸⁰ ARROYO Z., Luis. *La indicación eugenésica*. En: Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Monográfico N°11. 1986. p. 48.

⁸¹ *Ibid.* p. 49.

En otras palabras, la gravedad no viene determinada por la naturaleza intrínseca de la afección, sino por sus consecuencias en el estado físico y psíquico del ser humano que aún no nace, y por el carácter gravoso que su estado puede llegar a significar para la mujer embarazada. Por lo tanto, si bien no se trata del fundamento racial propio de la noción primigenia de esta indicación, de todas maneras, constituye un error calificarla como indicación embriopática.

Aquello resulta reafirmado por la fundamentación del propio Tribunal Constitucional español, en la examinada STC 53/1985, que al referirse a la indicación del presente acápite, señala que ésta incluye verdaderos casos límite, en los que la sanción penal entrañaría una carga excesiva de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia: “ (...) *por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva*”⁸².

En cuanto a la reparabilidad, en el sentido de la relevancia y el carácter perdurable de las graves taras a las que se refiere la circunstancia tercera del artículo 417 bis del Código Penal español, éstas no deben ser fácilmente reparables, lo que se refiere no solo a la acción curativa dirigida al feto en sí mismo, sino, además, que no suponga graves riesgos para la mujer embarazada, lo que representa un factor que no puede ser dejado de lado. Siguiendo el planteamiento de Romeo Casabona, si existe tal reparabilidad, no concurrirá la indicación eugenésica, aunque las taras revistan la debida gravedad; mientras que si el tratamiento implica graves riesgos para la mujer, podrá solicitar el aborto. A este respecto, el autor enfatiza en la mayor flexibilidad interpretativa de la regulación española, en comparación con la que correspondía al artículo 218 del Código Penal alemán, que requería expresamente la no eliminabilidad del daño⁸³.

⁸² STC 53/1985. *op. cit.* Considerando 11º letra c).

⁸³ ROMEO C., Carlos María. *La protección jurídica del concebido. El feto como paciente*. Nuevo Foro Penal; 45. 1989. p. 333.

El artículo 417 bis no exige tal requisito debido a que, como ha sido entendido por la dogmática⁸⁴, no es necesario que se prevea explícitamente, pues queda implícito en el concepto de “grave tara”, así como en la presunción de la misma. Será el diagnóstico médico el encargado de determinar si la tara puede ser sometida a tratamiento curativo, bajo los márgenes de riesgos anteriormente esbozados, lo que se encuentra en directa relación con su gravedad, en el entendido de que si la afección puede ser reparada, no es susceptible de ser valorada como grave, atendiendo a lo expresado por la propia legislación española.

Por añadidura, el Tribunal Constitucional razonó que la presunción que considera el número tres del mencionado artículo, obedece a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos. Asimismo, el fallo referido anteriormente, determinó que el término “grave” expresa, por un lado, la importancia y profundidad de la tara, y por otro, su permanencia en el tiempo⁸⁵. De ese modo, dotó de seguridad jurídica a dichos conceptos, en contra de la alegación de los recurrentes, que esgrimían su indeterminación. En consecuencia, podemos advertir que la normativa establecía requisitos de admisibilidad de la indicación –sumado al límite temporal de veintidós semanas de embarazo– lo que, sin embargo, no la transforma en embriopática, puesto que, en cada caso, es la verificabilidad la que se sujeta al fundamento, y no al revés.

2.2. La interrupción por causas médicas en la sistemática de la Ley Orgánica 2/2010

El marco normativo vigente en materia de aborto no punible en el ordenamiento jurídico español, está constituido por la Ley Orgánica, de 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Su principal interés estaba dirigido a la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y

⁸⁴ ARROYO Z., Luis. *op. cit.* p. 54.

⁸⁵ STC 53/1985. *op. cit.* Considerando 10º.

mujeres, en virtud del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de estas últimas, como elementos que conforman la esfera de los derechos humanos básicos. En virtud de aquello, operó una crítica que apuntaba a la insuficiencia del sistema de indicaciones, en el cual: *“El papel de la embarazada queda reducido al de mera peticionaria de una intervención médica cuya oportunidad y posibilidad deciden otros”*⁸⁶.

En contraposición al enfoque del modelo anterior, la óptica característica del sistema de plazo, tal como lo hemos referido en secciones precedentes, gira en torno a la decisión libre e informada de la mujer, ceñida por los parámetros del horizonte temporal establecido, dentro de cuyo margen existirá una preeminencia de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad; y que una vez traspasado, desemboca en el reconocimiento del bien jurídico constitucional que representa la vida del feto, cuya protección deberá ser efectivamente resguardada. En el presente caso, el legislador español trasladó el foco desde la óptica del derecho penal al de la salud sexual y reproductiva.

Como rasgos centrales del nuevo modelo, se introdujo un sistema de plazo combinado con dos indicaciones, en caso de existencia de grave riesgo para la salud o la vida de la embarazada, y en la circunstancia de acreditarse un riesgo de graves anomalías fetales. En consecuencia, se trata, más bien, de la instauración de un modelo mixto, en el que las indicaciones operan como supuestos complementarios del plazo general, ya sea por situaciones sobrevenidas durante la gestación, o que, existiendo dentro del límite temporal que dota de licitud a la conducta abortiva, no hubiesen dado lugar a la práctica de la interrupción del embarazo⁸⁷.

Así, se establece un plazo dentro del cual la mujer puede abortar libremente durante las primeras catorce semanas de gestación, sin necesidad de esgrimir causa alguna que justifique su decisión. Una vez transcurrido dicho período del embarazo, se

⁸⁶ LAURENZO C., Patricia. *Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto*. Anuario de Derechos Humanos. 2011. p. 103.

⁸⁷ SALINERO, Carmen. *op. cit.* p. 26.

permite la realización de la conducta hasta la vigesimosegunda semana de gestación, en el caso de la indicación terapéutica, y de idéntico modo: *“Siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija”*⁸⁸. Ambas causales se encuentran configuradas como componentes de la interrupción del embarazo por causas médicas.

Finalmente, la legislación permite la realización del aborto, de manera excepcional y sin límite de tiempo gestacional, esto es, a partir de la vigesimosegunda semana, momento en el cual la justificación amparada por el plazo habrá cesado de ser aplicable, en caso que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, dictaminadas por un médico especialista, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico. En lo relativo a la noción de *“incompatibilidad”*, la ley se remite a los efectos derivados del reconocimiento de que la tutela constitucional no se extiende al feto humano inviable, atendiendo a su incapacidad para desarrollarse, ya en lo que concierne a la dimensión que hace de los mismos bienes jurídicos objetos de protección⁸⁹.

Cabe preguntarse cuál fue el interés del legislador al establecer un tratamiento diverso para aquella circunstancia que se enmarca dentro del plazo mencionado, en contraste con la doblemente excepcional situación en la que no opera límite temporal alguno, construyéndose únicamente a partir de la verificación de incompatibilidad con la vida. Siguiendo el razonamiento presentado en la sección anterior, el fundamento de la indicación eugenésica presente en el derogado artículo 417 bis del Código Penal español, en ningún caso puede obedecer a una delimitación temporal, como baremo propio de una distinción con la indicación embriopática. Y según lo expresa

⁸⁸ LEY ORGÁNICA 2/2010 *“De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. 3 de marzo de 2010. Artículo 15 letra b).

⁸⁹ Al respecto, SALINERO, Carmen. *op. cit.* p. 27, alude a distintos fallos que concuerdan sobre el punto, pronunciados por el Tribunal Constitucional español.

la Ley Orgánica 2/2010, la inviabilidad fetal pareciera indicar que nos encontramos en presencia de esta última.

En efecto, su fundamento no obedece ya a la carga excesiva que representa para la mujer embarazada la situación de dar a luz a un ser humano con graves afecciones, sino que el criterio reside en el hecho de determinar, por parte del legislador, el propio parámetro de merecimiento de protección de aquel feto incapaz de desarrollar una vida extrauterina independiente.

En suma, a la luz de la doble excepción, relativa a la licitud de interrupción del embarazo por causas médicas, y la salvedad del límite temporal, que no rige para la concurrencia de la indicación, resulta posible advertir que se trata de una situación en la que la incompatibilidad con la vida torna sumamente gravosa la prosecución del embarazo, en un sentido actual, y que dado el estándar que determina el propio texto legal –distinto a la existencia de riesgo de graves anomalías– pueden alcanzar un grado de certeza en su determinación, susceptible de superar el plazo de la vigesimosegunda semana de embarazo, dada la extremada relevancia, a efectos de conceder protección al bien jurídico, que reviste la condición de inviabilidad. Y es por ello que la ley la configura de manera particular.

En los términos de Lorenzo Copello, los supuestos de “*anomalías fetales incompatibles con la vida*” y el de la detección tardía de alguna “*enfermedad extremadamente grave e incurable*” en el feto, constituyen situaciones extremas que solo la mujer puede gestionar, por lo que resultaría totalmente desproporcionado que el derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal. El límite marcado por las veintidós semanas de gestación se determina en virtud de que la capacidad del feto para sobrevivir fuera del útero de la mujer, hace que desaparezca el conflicto con la embarazada que justifique el aborto, lo que constituye la regla general, marcada por el hito de la viabilidad⁹⁰. Sin embargo, la tutela constitucional de la vida prenatal carece de fundamento bajo dichos supuestos excepcionales.

⁹⁰ LAURENZO C., Patricia. *op. cit.* p. 105.

3. Cuestiones relevantes a efectos de comprender el sentido de la indicación embriopática en el derecho chileno

En virtud del análisis de la evolución de la regulación del aborto consentido en los sistemas jurídicos de Alemania y España, resulta posible extraer algunas consideraciones que, adecuadas a los márgenes establecidos por la legislación chilena actualmente vigente sobre la materia, nos permitirán dilucidar el fundamento que subyace a la segunda causal configurada por la Ley N° 21.030, expresada en el artículo 119 N°2 del Código Sanitario.

Primeramente, cabe destacar que el Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia que se pronunció sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra del, entonces, proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales⁹¹, previo a la exposición de su fundamento, realiza una remisión a los criterios que ha consignado la jurisprudencia comparada, dentro de los cuales se encuentran los ya estudiados en las páginas precedentes. De ese modo, podemos advertir que, de igual forma como lo sentenció su símil español, en la STC 53/1985, nuestro órgano de jurisdicción constitucional establece expresamente que el feto no ostenta la categoría de persona, por lo que no es titular del derecho a la vida, lo que no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor importancia⁹².

Por otra parte, el Tribunal Constitucional nacional también incorpora a su fallo la noción que dota de fuerza jurídica a los derechos de la mujer, expresando que la maternidad es un acto voluntario, que no puede traducirse en una imposición del Estado a cualquier costo para la mujer, especialmente en lo que respecta a la pretensión de poner en peligro su vida, o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. Sin embargo, consigna que los derechos fundamentales no pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, puesto que

⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Rol N° 3729-2017. 28 de agosto de 2017.

⁹² Ibid. Considerando 40°.

siempre encontrarán un límite natural en los derechos de los otros, y en las restricciones establecidas por la propia Constitución y la ley. En consecuencia, expresa que el que está por nacer no es el único protegido por la Carta Fundamental, y que a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar⁹³.

En suma, la sentencia reconoce la constitucionalidad del modelo de despenalización en virtud de tres causales, puesto que no desprotege al *nasciturus*. Así, el Tribunal Constitucional indica que continúa existiendo el delito de aborto, sumado a que las causales están sometidas a estrictos requisitos, en orden a su carácter de situaciones excepcionales, que liberan a la conducta del reproche penal⁹⁴. Por lo tanto, al resolver que un sistema de indicaciones como el propuesto por el proyecto de ley, se conformaba a la Constitución, resulta claro el establecimiento de un correlato con los razonamientos de las magistraturas comparadas, en el momento de su evolución en que se consideró que aquél modelo configuraba la solución constitucionalmente adecuada, a fin de regular el aborto consentido.

Sin embargo, aquella similitud en los argumentos que subyacen al examen genérico de la interrupción voluntaria del embarazo, en el marco del sistema de indicaciones, no puede equiparar lo que respecta al análisis de la segunda causal, incorporada a nuestra normativa sanitaria, al sentido y alcance correspondiente a las construcciones jurídicas del derecho comparado, que, como tuvimos ocasión de revisar, no se han establecido en atención al fundamento, propiamente tal, de una indicación embriopática. Así las cosas, aunque cierta apariencia en las terminologías de los preceptos legales pudiese indicar lo contrario, no resulta posible asimilar el interés que tuvo el legislador chileno en la creación del actual contenido del artículo 119 N°2 del Código Sanitario, con el que motivó la regulación alemana y española.

En cuanto al primer ejemplo, en Chile simplemente no existe, ni puede llegar a tener lugar dentro de la estructura impuesta por la Ley N° 21.030, una causal que tuviese

⁹³ Ibid. Considerando 79°.

⁹⁴ Ibid. Considerando 85°.

parangón con la indicación social, cuyo fundamento obedece a criterios que escapan del ámbito de reconocimiento de los derechos de la mujer en orden a interrumpir voluntariamente su embarazo, que nuestro legislador decidió considerar.

Con todo, se trata de una causal, por definición, distinta a la indicación embriopática, pero que, en la práctica, se vio dotada de fuerza suficiente como para transformar el antiguo modelo alemán en un sistema encubierto de plazo. Es por ello que, aun cuando pudiésemos relacionarlas tangencialmente, en el sentido que la indicación social persigue la salvaguarda socioeconómica de la mujer, para la cual el embarazo representa una carga excesiva; y que la embriopática, apreciada en virtud de la afectación que en la embarazada produce la gestación de un feto con graves malformaciones, podría verse subsumida en la carencia social y familiar de medios para enfrentarla; en ningún caso resulta una interpretación aplicable al sistema chileno, por lo que debe ser descartada de plano, sin contar que, verdaderamente, la anterior representa una óptica errónea de comprensión de esta última indicación.

En lo referente al ejemplo español, la indicación eugenésica presente en el derogado artículo 417 bis del Código Penal, tampoco dice relación con la finalidad perseguida por nuestro legislador, la cual, como fue analizado en la sección precedente, es una cuestión de fundamentación, no de un incorrecto examen de contraste a partir del grado de exigencia de sus requisitos. En este punto, podemos darnos cuenta que la segunda causal del mencionado artículo 119, constituye una auténtica indicación embriopática, enmarcada en una lógica incapaz de sujetarse a comparación con las técnicas legislativas comparadas.

No obstante, dado que la normativa interna expresamente se refiere a la incompatibilidad con la vida extrauterina independiente, estableciendo el criterio de la viabilidad, se asimila al propósito de la causal doblemente excepcional establecida por la LO 2/2010 del derecho español. La noción de inviabilidad fetal, como hipótesis de exclusión de protección de la vida del que está por nacer, es el verdadero motor en virtud del cual debemos comprender la indicación embriopática chilena.

CAPÍTULO 3

LA EXIGENCIA DE CERTEZA EN EL DIAGNÓSTICO MÉDICO FRENTE A LA NECESIDAD DE INTERRUMPIR EL EMBARAZO

El presente capítulo estará destinado a analizar las diversas problemáticas que surgen a partir del examen de la norma contenida en el artículo 119 N°2 del Código Sanitario, introducida en el derecho chileno, a su vez, por la Ley N° 21.030. Así las cosas, la indicación embriopática presente en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido configurada mediante una estructura particular, por lo que amerita un ejercicio de indagación exclusivo en sus propias aristas, en contraste con el tratamiento, desarrollado en los acápite precedentes, otorgado por la dogmática, que, por lo general, la ha supeditado a su funcionamiento como parte del engranaje del sistema de indicaciones, atendiendo a ella de modo más bien genérico.

El objetivo de centrarnos en el análisis del punto neurálgico de esta segunda causal, nos obliga a preguntarnos de qué manera debe ser determinado el rol que juega el ámbito de la actividad médica, en relación con el fundamento de la indicación, abordando el equilibrio que debe alcanzarse entre la necesidad de obtener certeza en el diagnóstico prenatal, frente a la necesidad jurídica –que motivó la creación de la causal– de permitirle a la mujer llevar a cabo la interrupción del embarazo.

1. El problema de la acreditación

A modo de recapitulación, cabe recordar que el texto legal correspondiente al mencionado artículo 119 N°2, es del siguiente tenor: *“El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal”*. Por lo tanto, en virtud de la sola lectura de la disposición, resulta evidente el grado de relevancia de que está revestido el rol de la medicina, que será la encargada de determinar la condición de inviabilidad fetal, en virtud del diagnóstico de la patología en cuestión, constituyendo

el requisito indispensable para establecer la efectiva concurrencia de la causal de interrupción voluntaria del embarazo.

En la literatura médica internacional no existe un consenso acerca del concepto de anomalía congénita letal. No obstante, la Rama Genética de la Sociedad Chilena de Pediatría definió como anomalía congénita de mal pronóstico vital (ACMPV) a: *“Todo defecto estructural o funcional que compromete seriamente uno o más órganos vitales imprescindibles para la vida extrauterina, que no son reemplazables o recuperables con las herramientas médicas o quirúrgicas actualmente disponibles, y que determina invariablemente la muerte durante el periodo fetal o tras el nacimiento, o que previsiblemente se asocia con un tiempo de sobrevivencia leve, aunque en condiciones muy excepcionales la supervivencia pudiese ser mayor, pero inevitablemente con una muy mala calidad de vida”*⁹⁵.

En ese sentido, cabe destacar que la legislación no concede relevancia jurídica, en virtud del correcto sentido y alcance que debe otorgársele a la indicación embriopática en el derecho chileno, a cualquier clase de patología fetal, sino únicamente a aquellas que, en sí mismas, permiten diagnosticar el carácter de incompatibilidad del *nasciturus* con la vida extrauterina independiente. Por lo tanto, si bien no puede dejar de considerarse el progreso de la ciencia y la tecnología en la medicina actual, existe un número limitado de patologías en las condiciones señaladas en la ley, debido a la entidad de que deben estar constituidas para implicar la acreditación de la inviabilidad.

En consecuencia, es necesario comprender que, a pesar de que lo señalado previamente no suponga el establecimiento de un catálogo taxativo de enfermedades fetales, sobre el cual pueda operar la causal, como será desarrollado en una sección posterior, resulta erróneo calificarlo mediante un *test* de mayor o menor exigibilidad, en virtud de lo cual, de manera precipitada, pudiese llegar a afirmarse que la causal

⁹⁵ MINISTERIO DE SALUD. *Norma Técnica Nacional. Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la Ley N° 21.030*. Aprobada mediante Resolución Exenta N° 129 del 2 de febrero de 2018. p. 52.

del artículo 119 N°2 del Código Sanitario, establece un parámetro de difícil satisfacción, puesto que se trata de acreditar, no la existencia de una malformación fetal grave, sino de una patología que impida el desarrollo de la vida de ese ser humano que aún no nace, una vez que se encuentre situado fuera del útero de la mujer. Sin embargo, tal como fue concluido a partir de su contraste con el fundamento de la indicación eugenésica, aquello no podría haberse configurado de manera diversa, ya que es precisamente el carácter de *incompatibilidad* con la vida extrauterina, el que le otorga un sentido ineludible a la indicación embriopática.

En efecto, existiendo claridad acerca del rol imprescindible que la actividad médica está llamada a desempeñar, a efectos de establecer la concurrencia de la causal, denominaremos *problema de la acreditación* a la especie de tensión que se produce entre dos necesidades distintas: por una parte, la de obtener el grado de certeza científica en el diagnóstico de la patología fetal, en los términos exigidos por la ley; y por otra parte, la de interrumpir el embarazo. En otras palabras, en virtud de la constatación de que a mayor transcurso del período gestacional, mayores y mejores son las posibilidades de realizar un diagnóstico médico certero, podemos deslizar una suerte de paradoja, traducida en la circunstancia de que la mujer debe continuar con el embarazo para poder interrumpirlo.

En primer lugar, cabe destacar que, en el marco de esta segunda causal introducida por la Ley N° 21.030 a nuestro derecho, la mujer puede decidir la interrupción en cualquier momento del embarazo, sin límite de edad gestacional. Asimismo, la legislación no exige que los médicos autoricen la causal, sino que el equipo solo realiza el diagnóstico de la patología que la configura, dado que quien decide sobre el curso de su gestación es la mujer portadora de un embarazo en dichas condiciones⁹⁶. Por lo tanto, el análisis deberá considerar la delimitación de los ámbitos de determinación de los entes involucrados –el equipo médico y la mujer– sin perder de vista que la actuación de los primeros es instrumental a efectos del consentimiento último de la embarazada de llevar a cabo la conducta abortiva.

⁹⁶ Ibid. p. 56.

En cuanto a la atención clínica, ésta se inicia con el diagnóstico de la patología congénita posterior a la sospecha clínica ecográfica. Para ello, la medicina materno-fetal ha definido que los exámenes de pesquisa y diagnóstico de las patologías incompatibles con la vida extrauterina, se deben efectuar por medio de dos ecografías realizadas en períodos gestacionales específicos, a saber, entre 11+0 y 13+6 semanas de gestación, y 20+0 a 22+6 semanas, por otra parte⁹⁷.

Asimismo, la pesquisa de malformaciones estructurales fetales tiene menor sensibilidad durante el primero de estos períodos, por lo que será más difícil acreditar la inviabilidad fetal. Debido a que los estudios se realizan en virtud de que existe una sospecha médica, podrá resultar necesario practicar una pesquisa en ecografías mayores a 24 semanas de embarazo, que lleva implícita la utilización de métodos invasivos para confirmar o complementar dichas sospechas diagnósticas. Dado que conllevan un riesgo relevante, requieren de una adecuada asesoría en la que se respete la autonomía de la mujer, entregándole acabada información sobre los beneficios y desventajas de realizar el diagnóstico⁹⁸.

Por lo tanto, debemos dilucidar, en base a las consideraciones expuestas, con qué alcance el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo es el fundamento de la indicación embriopática, frente a esta tensión que pareciera, en cierto sentido, obligarla a continuar tolerándolo, velando por la consecución de la certeza médica, que se torna más gravoso en aquellos casos límite, en los que no solo, en efecto, la mujer ha conservado el embarazo hasta una etapa gestacional avanzada, sino que además debe asumir los riesgos inherentes a técnicas diagnósticas invasivas, complejizando aún más su situación, con el objetivo de poder determinar si ésta concurre dentro de los márgenes de la segunda causal. Así, será necesario preguntarnos si el legislador pretendió que tuviera lugar la disputa de estos elementos, o si, por el contrario, con dicha apreciación estamos prejuzgando el verdadero fundamento de la indicación, que deberá ser entendida de modo diverso.

⁹⁷ Ibid. p. 67.

⁹⁸ Ibid. p. 71.

1.1. Implicancias jurídico-penales del diagnóstico prenatal

Como ya habíamos esbozado, la dogmática ha otorgado un escaso tratamiento a las consecuencias jurídicas derivadas de una actividad médica que, para estos efectos, reconocemos como sumamente específica, puesto que enlaza la medicina con el derecho en un ámbito en que el aborto se realiza consecuentemente al resultado del diagnóstico médico. En la doctrina comparada, Romeo Casabona destaca por ahondar precisamente en esta temática, en virtud de las implicancias jurídicas suscitadas en relación con el estudio de las ciencias biomédicas, a partir de lo cual esgrime la concepción del embrión o feto como paciente del diagnóstico prenatal.

Siguiendo a este autor, dicho diagnóstico debe ser entendido como el conjunto de procedimientos de que dispone la medicina para recoger elementos de información sobre el feto. De esta manera, gracias a esta técnica, resulta posible detectar la presencia de una enfermedad o malformación en el nonato, el cual se posiciona como sujeto del diagnóstico. Así, existe un amplio espectro de finalidades diagnósticas que pueden ser cubiertas, dentro de las cuales destaca la circunstancia de permitir el tratamiento del feto para curar o paliar ciertas anomalías y adoptar la decisión del aborto⁹⁹, en caso de que concurran los supuestos exigidos por la ley.

Si bien este planteamiento dogmático se enmarca dentro de la legislación española, que, como examinamos en la sección correspondiente, contemplaba una indicación eugenésica en el actualmente derogado artículo 417 bis del Código Penal, de todas maneras, el modo en el cual se aborda, desde una perspectiva normativa, el diagnóstico prenatal como condición imprescindible, aunque obedeciendo a fundamentos disímiles, también para la indicación embriopática, es susceptible de ser utilizado como una directriz para comprender el sentido en que el artículo 119 N°2 de nuestro Código Sanitario involucra aspectos que supeditan ciertos efectos jurídicos a la *praxis* médica.

⁹⁹ ROMEO C., Carlos María. *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*. En: MIR, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. 1988. pp. 103-104.

En concordancia con lo anterior, Romeo Casabona da cuenta del hecho de que, gracias a las técnicas cada vez más precisas y fiables, la certeza del diagnóstico raya en la seguridad en muchos casos, lo que, a su juicio, implicaría una constante revisión de un criterio legal más preciso. Por otra parte, señala que la intervención del facultativo se enlaza con la necesidad de salvaguardar la vida de la embarazada, frente a los riesgos que entraña la práctica del aborto, en el marco de la actuación permitida por la *lex artis*¹⁰⁰.

Nos parece que aquellos lineamientos permiten ofrecer ciertas luces para comprender la interacción de la actividad médica con la finalidad jurídica de nuestra indicación embriopática, a pesar de que, en este caso, como se examinará posteriormente, la normativa técnica no prevé un tratamiento destinado a corregir las malformaciones fetales diagnosticadas, puesto que la constatación de su carácter letal, de todas formas, lo impide; sino que contempla, en virtud de poder alcanzar el grado de certeza necesario, la realización de estudios y procedimientos diagnósticos en la mujer, que incluyen riesgos de pérdidas reproductivas¹⁰¹.

1.2. Análisis del requisito de contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas

La mencionada Ley N° 21.030, que reguló la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, incorporó al Código Sanitario el artículo 119 bis, estableciendo que, en el caso de la indicación que nos ocupa, para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Finalmente, señala que todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que resolvió el requerimiento de inconstitucionalidad, invocado en el capítulo precedente, debió pronunciarse acerca

¹⁰⁰ Ibid. p. 109.

¹⁰¹ MINISTERIO DE SALUD. *op. cit.* p. 65. En caso de que esté indicada la realización de estudios diagnósticos de aneuploidía, la mujer gestante será informada sobre la relevancia y los riesgos de dichas pérdidas.

de las alegaciones de los recurrentes, en el marco de la segunda causal. Éstos esgrimían que existía un riesgo para la salud de la mujer, en virtud de que se trata de un aborto que puede practicarse sin un plazo que lo limite, por lo que entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Además, sostuvieron que la certificación de la causal por dos médicos es insuficiente, dado que para el caso de la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y certificación unánime e inequívoca. Para finalizar, se reprochaba que no existía acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que permiten dar lugar a esta causal¹⁰².

El razonamiento de la magistratura comienza por descartar la comparación con el diagnóstico propio de la muerte encefálica, puesto que el reglamento de la ley establece que el equipo médico debe estar compuesto por, a lo menos, dos médicos cirujanos, configurando un criterio numérico idéntico al que los recurrentes impugnan en la causal. Asimismo, el Tribunal señala que no puede hacerse cargo del difícil diagnóstico de la patología, puesto que se trata de un control de aplicación normativa, no de atribución de facultades. En este punto, señala algo crucial: *“Por lo demás, lo fácil o difícil del diagnóstico de una determinada enfermedad no hace más o menos constitucional la norma”*¹⁰³.

Lo anterior debe ser comprendido, primeramente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero, numeral tercero, de la Constitución, que señala como atribución del Tribunal Constitucional la de resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley. Esto es, se enmarca dentro del control preventivo facultativo. Luego, su razonamiento evita contaminarse, por expresarlo de alguna manera, con nociones que escapan al ámbito mismo del examen de constitucionalidad. Aquello nos permite considerar una premisa a partir de la cual abordar el problema de la acreditación,

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *op. cit.* Considerando 96°.

¹⁰³ *Ibid.* Considerando 98°.

planteado en el acápite anterior, referente a la primacía de la posición de la mujer en el conflicto, como parte de un interés que emana del propio legislador.

En efecto, el fallo expresa que los médicos deben desplegar el máximo esfuerzo que su ciencia les permita, para que no se sume a la patología del feto, el peligro sustantivo de una parálisis decisoria por falta de un diagnóstico correcto y oportuno. Asimismo, el Tribunal Constitucional confirma la necesidad de que los facultativos deban actuar sobre la base de una información relevante, completa y confiable; no obstante concluir: *“Pero eso no se lo puede garantizar el proyecto de ley. Tiene que ver más con especialidades médicas, infraestructura, equipamiento”*¹⁰⁴.

Así las cosas, resulta posible delimitar claramente el ámbito que cabe a la propia fundamentación de la segunda causal del artículo 119 del Código Sanitario, cuyo interés jurídico no descansa, en su finalidad última, en la consecución de una certeza médica que se ajuste al campo procedimental de dicha ciencia, perteneciente a un conocimiento específico, que supera el ámbito de relevancia jurídica, el cual sujeta su confianza en el diagnóstico de los médicos especialistas y en la *lex artis* aplicable, sin que ello implique dificultar la concreción del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, una vez acreditada la patología que torna la existencia del feto incompatible con la vida extrauterina independiente.

Esto es, el razonamiento normativo debe mirar el fundamento de la legislación, en el que el ámbito práctico y casuístico no puede interferir de modo relevante, debido a que su correcta realización corresponde a la órbita de la especialidad médica. El interés perseguido por el legislador al crear la indicación embriopática, se conforma con garantizar, dentro de los límites que el derecho puede exigirle a la medicina, el mejor ámbito de determinación del diagnóstico de inviabilidad fetal, en el ejercicio profesional de los facultativos.

¹⁰⁴ Ibid.

En suma, sin poder hacerse cargo de eliminar todo margen de error, lo cual es, a todas luces, imposible, la protección del feto como bien jurídico se satisface con la exigencia legal de la intervención de “*dos médicos especialistas*”, sobre la cual no existe una absoluta claridad acerca de su significado práctico. Una respuesta puede ser encontrada en la sentencia que revisamos, atendiendo a la prevención del Ministro señor Domingo Hernández, según el cual la expresión antedicha debe ser entendida a la luz de un juicio médico emitido por médicos perinatólogos o especializados en salud materno-fetal, debidamente acreditados por una Universidad legalmente reconocida que imparta esta experticia¹⁰⁵. En el fondo, se trataría de una subespecialidad, desarrollada dentro del ámbito de la obstetricia, constituyendo esta última una rama del conocimiento médico de calificación general.

Siguiendo con el criterio de la prevención, el Ministro plantea que el margen de inexactitud del diagnóstico de letalidad del feto excede con mucho todo nivel tolerable, en caso de que sea practicado por quienes no ostentan la subespecialidad requerida para reducir a términos razonables la posibilidad de equivocación. Así: “(...) *el juicio informado de la madre podría verse muy gravemente distorsionado, conduciéndola a una decisión dramáticamente errónea para la vida del feto o embrión*”¹⁰⁶. En consecuencia, el entendimiento de la voz “*médicos especialistas*”, referida verdaderamente a una subespecialidad, es el único capaz de encontrarse en concordancia con el principio favor persona, la minimización del riesgo y la proporcionalidad del peligro de la vida del feto versus la elevada percepción de error médico, originados en virtud de la Constitución¹⁰⁷.

En ese sentido, una comprensión diversa de la expresión, que se conforma solo con la intervención de médicos obstetras, constituye para el autor de la prevención: “*Una clara transgresión de la garantía constitucional del derecho a la vida del nasciturus, que quedaría fatalmente expuesta a un error pericial demasiado grave*”. Por último, añade que aquello no invade la apreciación de mérito, exclusiva del legislador, sino

¹⁰⁵ Ibid. Prevenciones del Ministro señor Domingo Hernández Emparanza. Letra B) párrafo xi.

¹⁰⁶ Ibid. Letra B) párrafo viii.

¹⁰⁷ Ibid. Letra B) párrafo xiii.

que se trata de una interpretación, de conformidad a la Constitución, de dicho precepto sometido a control.

Advertimos, en primer lugar, que la prevención se aparta del criterio esgrimido por el Tribunal Constitucional, al aludir a un inexistente “*derecho a la vida*” del feto. De seguirse dicha noción, en contraposición a la que lo califica como bien jurídico objeto de protección constitucional, claramente deberá abogarse por el establecimiento de una minimización del riesgo de equivocación médica, mediante un mayor estándar de exigencia, que, en este caso, solo podría satisfacerse con la participación de facultativos sub-especialistas, en atención a que se trataría de garantizar un derecho constitucional cuyo titular es el nonato, y no un mero bien jurídico.

De todas formas, nos parece razonable la interpretación del precepto legal en base a la exigencia de una intervención médica de alta especificidad, sin que aquello se vea prejuzgado por la negación del aludido derecho. En suma, interpretando la relevancia del bien jurídico que constituye la vida del feto, y dado que la ley guarda silencio al momento de establecer específicamente qué especialidades se encuentran habilitadas para emitir los diagnósticos médicos correspondientes, nos parece razonable atender a lo establecido en la Norma Técnica Nacional, según la cual el diagnóstico debe ser realizado por dos médicos ginecobstetras o uno de ellos, más un genetista o especialista en medicina materno-fetal¹⁰⁸.

Y, en todo caso, sin olvidar que el rol preponderante lo tiene la mujer, quien es la única que debe decidir si continúa adelante con el embarazo, no obstante la patología del *nasciturus*, que necesariamente terminará en la muerte de este último¹⁰⁹. Se trata de un requisito sustancial para la aplicación de la indicación embriopática, cuyo examen nos permitirá situarnos en el ámbito de acción decisional que la ley ha definido como exclusivo de la mujer embarazada, y que influye de modo determinante en la especie de tensión que vislumbramos en una sección precedente.

¹⁰⁸ MINISTERIO DE SALUD. *op. cit.* p. 65.

¹⁰⁹ *Ibid.* Considerando 99°.

1.3. Análisis del requisito del consentimiento expreso, previo y por escrito de la mujer embarazada

El artículo 119 inciso segundo del Código Sanitario, establece la regla general a este respecto, la cual es común a las tres causales incorporadas a nuestra legislación por la Ley N° 21.030, y que establece que: *“La mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo”*. Aquello resulta esencial para la configuración de la estructura del sistema de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que sin el consentimiento de la mujer, el facultativo no puede llevar a cabo la práctica del aborto, pudiendo considerarse una conducta abusiva, en los términos del artículo 345 del Código Penal. En lo que atañe a la indicación embriopática, la decisión de interrumpir el embarazo forma parte del ámbito exclusivo y excluyente de autonomía de la mujer, considerando además que se trata de una decisión que no se encuentra limitada temporalmente.

Dejando de lado la regla general, la ley se ha encargado de regular aquellas situaciones en las que la mujer no pueda prestar su consentimiento en la forma, en principio, prescrita. Así las cosas, expresa que, para estos casos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud¹¹⁰.

En este punto, debemos distinguir si dichas consideraciones resultan compatibles con los requisitos que dan lugar a la indicación embriopática, o deben ser

¹¹⁰ A mayor abundamiento, el artículo 15 de la ley 20.584 expresa: *“No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:*

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

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

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

descartados, a modo de examen interpretativo. Esto último ocurre en relación con la letra b), cuyo contenido se encuentra fundamentalmente vinculado con el supuesto de la indicación terapéutica, contemplada en el artículo 119 N°1 del Código Sanitario. De conformidad a esta causal, la interrupción del embarazo se supedita a la circunstancia de que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la práctica del aborto evita un peligro para su vida. Por lo tanto, si bien en el caso de existencia de una patología congénita en el feto, en el sentido de la indicación embriopática, eventualmente, también podría desencadenarse un riesgo vital para la embarazada, el foco estaría dirigido a esta última, en virtud de lo cual la interrupción de la gestación se justificaría en orden a salvarle la vida, aun sin mediar su consentimiento, y no en la inviabilidad del nonato.

Por su parte, a partir de la revisión de lo dispuesto por la letra c), es dable entender que la expresión: *“En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”*, como consecuencia de la imposibilidad de la mujer embarazada de manifestar su consentimiento, del mismo modo que no es posible obtenerlo de su representante legal; desecha la realización de la conducta abortiva en el marco de la indicación embriopática. Aquello se explica dado que, nuevamente, es la indicación terapéutica la llamada a interrumpir el embarazo con el fin de garantizar el resguardo de la vida de la mujer, pues su fundamento reside en el peligro de ésta. Por el contrario, en el supuesto exigido por la indicación embriopática, el aborto no puede considerarse como medio para la evitación de dicho peligro.

Así las cosas, pareciera ser que, para el caso de la segunda causal, el requisito del consentimiento de la mujer se ve reforzado en su carácter esencial, debiendo ser otorgado expresamente por ella, sin que pueda presumirse de ninguna manera, o por aquellos que se encuentren habilitados para consentir en su lugar, en circunstancias especialmente previstas por la Ley N° 21.030, a las que nos referiremos a continuación. En otras palabras, a fin de dar aplicación a la indicación embriopática, siempre se requerirá la manifestación de voluntad.

En particular, la normativa prevé el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como el caso de quienes posean una discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito. A modo de resolver su situación, la ley señala que se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 20.422¹¹¹ y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹². Es decir, se trata de garantizar un derecho universal al acceso a la prestación de salud que implica la interrupción del embarazo, y que, en caso de no existir una regulación especial, implicaría una vulneración al principio constitucional de igualdad.

En cuanto a la mujer que ha sido judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, la legislación prescribe que deberá obtenerse la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla. En este sentido, cabe recordar que el artículo 1447 del Código Civil, establece que los dementes son incapaces absolutos. De ello se sigue que sea imprescindible la actuación de un representante legal, como se indica expresamente en el presente caso. Con todo, podemos apreciar que es tal la importancia del consentimiento de la mujer embarazada, que incluso en este supuesto a la ley le parece relevante tenerla en cuenta, si es que fuese posible, dentro de los parámetros limitantes de la demencia.

Finalmente, la Ley N° 21.030 se aboca a la regulación del consentimiento, tratándose de niñas menores de edad, distinguiendo entre quienes se sitúan entre los 14 y los 17 años de edad, y aquellas menores de 14 años. En el caso de las primeras, la voluntad de interrumpir el embarazo deberá ser informada a su representante legal.

¹¹¹ En su artículo 9°, la ley dispone que: *“El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva”*.

¹¹² En su artículo 6°, la Convención expresa, bajo el título *“Mujeres con discapacidad”*, número 2, que: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”*.

Si la adolescente tuviere más de uno, solo se le informará al que ella señale. Por su parte, en la situación en que se encuentran las niñas menores de 14 años, además de su consentimiento, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal. A falta de autorización, debido a que existió la negación del representante o éste no fue encontrado, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez de familia, con el fin de constatar la concurrencia de la causal.

La legislación señala que el tribunal competente resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud. Para estos efectos, se contempla que el juez deberá tener en consideración los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. En lo que respecta al cuerpo médico, como hemos examinado, su concurrencia cobra esencial relevancia para la práctica de un aborto embriopático, puesto que serán los diagnósticos que exige la ley los que constituirán la habilitación para que pueda darse lugar a la voluntad de interrumpir el embarazo, que, en este supuesto, se ve sometida a una judicialización, en virtud de un procedimiento de jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

Asimismo, se considera un procedimiento de autorización judicial sustitutiva, que tiene lugar cuando, a juicio del médico, existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de acciones u omisiones que vulneren su integridad. En estos casos, la ley opta por prescindir de la autorización del representante legal.

En suma, a juzgar por lo señalado en nuestra legislación, podemos dar cuenta de la circunstancia de que resultan aplicables los planteamientos de Romeo Casabona, en el marco del diagnóstico prenatal. Este autor, al abordar el requisito relativo al consentimiento expreso de la mujer embarazada, plantea que se trata de una

voluntad que debe adaptarse a las exigencias del llamado “*consentimiento informado*” al acto médico, entendiendo que la información entregada a la paciente se erige como condición previa para la validez del consentimiento. Por lo tanto, para que éste constituya la expresión de la auténtica autodeterminación de la mujer embarazada: “*No sólo debe conocer todas las circunstancias concernientes a la indicación legal del aborto, sino también los riesgos que pueden derivarse para ella de la intervención misma*”¹¹³.

2. Revisión crítica de los posibles fundamentos de la indicación embriopática

Una vez abordada la especialísima relación entre la actividad médica y sus implicancias jurídico-penales, a la luz de la aplicación de la causal contenida en el artículo 119 N°2 del Código Sanitario; en conjunto con los requisitos formales que exige la legislación, y de qué manera permean esta indicación en particular, resulta necesario abocarnos a la resolución del nudo gordiano del presente trabajo. Éste hace referencia a desentrañar cuál es el verdadero fundamento del aborto embriopático, y cuáles son las razones para descartar posibles hipótesis, que, en principio, pudieran parecer correctas, pero que no se condicen con el sentido y alcance de la norma que nos permitirá comprender el denominado *problema de la acreditación*, al cual ya hemos aludido.

2.1. Enfoque desde la perspectiva de la mujer: El derecho a la integridad física y psíquica

La iniciativa de legislar acerca de la figura del aborto consentido, como hemos revisado, concibió los derechos de la mujer a modo de preocupación central. En términos generales, se hizo referencia a la idea de que el Estado debe proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, promoviendo condiciones para una existencia digna, materializada a través de la creación de tres causales, que constituyen circunstancias críticas para las embarazadas.

¹¹³ ROMEO C., Carlos María. *op. cit.* p. 110.

En efecto, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, al abordar el fundamento de la indicación embriopática, señaló que la circunstancia de forzar a la mujer a llevar a término tal embarazo, en virtud de aquellos casos en que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética, incompatible con la vida extrauterina; u obligarla a esperar la muerte del nonato, supone mantenerla en un permanente estado de duelo. Es por ello que: *“El Estado debe asegurar condiciones adecuadas para que sea la mujer la que tome una decisión, acompañarla por sus redes relevante si así lo desea, y ofrecer los cuidados paliativos que sean del caso”*¹¹⁴.

Por lo tanto, resulta evidente que la necesidad de llevar a cabo una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el derecho chileno, obedece al reconocimiento de la garantía constitucional, presente en el artículo 19 N°1 inciso primero de la Constitución, referida a la integridad física y psíquica de las personas. En el caso particular de la mujer, el legislador decide otorgarle legitimidad a la práctica del aborto consentido, bajo un esquema de *regla general-excepción*, en virtud del cual las tres causales poseen la naturaleza jurídica de causas de justificación. En consecuencia, podemos esgrimir que la indicación embriopática radica su fundamento, precisamente, en resguardar el derecho a la integridad de la mujer, como lógica opositora frente al deber de tolerar un embarazo constituido por la presencia de un feto inviable en su útero.

Sin embargo, la protección del mencionado derecho, si bien dota de sentido a la totalidad del sistema de despenalización propio de nuestro ordenamiento jurídico, debe ser comprendida correctamente. A modo de ejemplo, en la discusión parlamentaria del proyecto de ley, se planteó la posibilidad de sustituir la redacción de la segunda causal del artículo 119 del Código Sanitario, propuesta por el Mensaje, por una distinta, que exigía, como condición para admitir la procedencia de la interrupción del embarazo, que la mujer embarazada presentase un daño psicológico

¹¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 21.030. Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Cámara de Diputados. 15 de septiembre de 2015. Boletín N° 9.895-11

actual de carácter grave, por diagnosticarse una malformación en el feto, de carácter letal. En esa línea, se entendería por dicho daño psicológico, aquel que ponga en riesgo de manera permanente y definitiva la salud de la madre, debiendo ser diagnosticado por un médico psiquiatra¹¹⁵.

Dicha iniciativa permite reflejar una vía por medio de la cual se habría subvertido el objetivo perseguido por la causal, por distintas razones. En primer lugar, debido a que el interés se encontraría centrado en la comprobación de una afección de salud mental por parte de la mujer, la que constituiría el verdadero requisito para la procedencia del aborto embriopático, desplazando a la patología congénita fetal como una condición necesaria, pero no suficiente al momento de que aquél se considere admisible. En consecuencia, aparentemente, podría argumentarse que se trata de un criterio cuyo acento está puesto en el resguardo de la integridad psíquica de la mujer embarazada, previa comprobación del referido daño psicológico.

Sin embargo, aquello atenta contra el fundamento de la indicación embriopática, cuya configuración siempre debe ser entendida –en un punto crucial que la torna distintiva, en comparación a las indicaciones revisadas en el capítulo anterior –a la luz de la inviabilidad fetal. En otras palabras, en virtud de que el nonato presenta una malformación incompatible con la vida extrauterina independiente, es que carece de sentido imponerle a la mujer el deber de tolerar el embarazo. La circunstancia de que nuestro ordenamiento jurídico contenga una norma como la que expresa el artículo 119 N°2 del Código Sanitario, implica comprender que se reconoce el derecho a la integridad física y psíquica de la mujer, precisamente porque puede interrumpir su embarazo.

En segundo lugar, bajo ese esquema, resulta del todo anómalo exigir la práctica de pericias psiquiátricas a la mujer embarazada, reduciendo el derecho a la integridad

¹¹⁵ Ibid. Propuesta del diputado don Nicolás Monckeberg para sustituir la redacción de la segunda causal del artículo 119 del Código Sanitario. Se declaró inadmisibile la indicación por mayoría de votos (ocho a favor y cuatro en contra). El Presidente de la Comisión, fundó la inadmisibilidat en que la indicación contempla la existencia de grupos de acompañamiento en cuidados paliativos perinatales, los que indudablemente generan gastos para el erario nacional, siendo por tanto una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, por referirse a aspectos que inciden en la administración financiera el Estado.

física y psíquica a la certificación de un daño mental. En sí mismo, el deber de tolerar la presencia de un feto inviable en el cuerpo de la mujer, vulnera sus derechos personalísimos, reconocidos en la Constitución, los cuales, en ningún caso, pueden relativizarse mediante un diagnóstico médico.

El requisito fundamental a efectos de la concurrencia de esta segunda causal, es la comprobación relativa al carácter de la vida del feto, de la cual se sigue que un resguardo de la dignidad e integridad de la mujer, en el marco de su autonomía sexual y reproductiva, impide que el Estado la obligue a conservar el embarazo. Únicamente reconociéndole a la mujer, cuya gestación se enmarca dentro de los supuestos de la indicación embriopática, el derecho a decidir el curso de acción, pudiendo optar o no por abortar, puede garantizarse su integridad física y psíquica.

Por lo tanto, no se trata de restarle importancia a la gravedad de los perjuicios psicológicos que pueden, efectivamente, presentar las mujeres en estas circunstancias; sino de evidenciar que la imposición del embarazo en comento, constituye, inherentemente, una vulneración a sus derechos fundamentales. En los términos de Zúñiga: *“Lo cierto es que una comprensión amplia del derecho a la vida (...) obliga a admitir que, en el caso de la mujer, el derecho en juego es también la vida pues detrás de un embarazo no deseado y de las sanciones penales derivadas de un aborto clandestino están su integridad física y psíquica”*¹¹⁶.

2.2. Enfoque desde la perspectiva del feto: El sentido de la suspensión de la protección de su vida

Al analizar el fundamento del sistema de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, a modo de causas de justificación, examinamos el peso específico que el bien jurídico, constituido por la vida del feto, manifiesta en el juicio de ponderación de intereses. En esa línea, las causales

¹¹⁶ ZÚÑIGA F., Alejandra. *Derecho a la vida, constitución y autonomía moral*. En: CASAS, Lidia y MAIRA, Gloria. *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N°1 de la Constitución: Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales*. Universidad Diego Portales. 2018. p. 94.

representan situaciones excepcionales, bajo cuya concurrencia nuestro derecho considera legítima la suspensión del deber de tolerar el embarazo por parte de la mujer, permitiendo la posibilidad de dar muerte al nonato. En consecuencia, en el marco de una comprensión específica de la indicación embriopática, cabe preguntarnos por el sentido de privar de protección a la vida de un feto inviable.

La formulación de la interrogante la encontramos presente en la doctrina¹¹⁷, al momento de expresar que no existen razones que fundamenten la exigencia que el Estado realiza a la mujer, en orden a soportar la gestación. En el supuesto particular del aborto embriopático, surge la interrogante que cuestiona por qué motivo estaría una mujer obligada a hacer el sacrificio necesario para llevar a término un embarazo cuyo producto no es viable. Efectivamente, la circunstancia de acreditar la presencia de una patología que impide que el feto pueda llevar a cabo una vida extrauterina independiente, tiene como consecuencia que no exista ninguna vida que tutelar, por lo que se suspende el mandato constitucional que consagra la protección de la vida del que está por nacer.

En esa misma línea se enmarca el razonamiento del Tribunal Constitucional al respecto, ante el argumento de los recurrentes que expresaba que el nonato no puede perder o ganar derechos de acuerdo a su estado de salud. Así las cosas, la magistratura precisa que la segunda causal dice relación con un embrión o feto que padece una patología letal: *“Por lo mismo, la decisión es si la muerte se va a producir antes o después de la interrupción, estando fuera de la hipótesis de protección de la vida que está por nacer”*¹¹⁸. Finalmente, la sentencia concluye que no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este nonato destinado a fallecer, por lo que es ella la que tiene que decidir acerca de la continuidad o interrupción de su gestación, en virtud del dictamen de dos facultativos especialistas.

¹¹⁷ ZÚÑIGA A., Yanira. *La regulación del aborto: entre el control y la autonomía*. En: CASAS, Lidia y LAWSON, Delfina. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Universidad Diego Portales. 2016. pp. 144-145.

¹¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *op. cit.* Considerando 104°.

De ese modo, la indicación embriopática encuentra su fundamento en la imposibilidad de proteger un bien jurídico, constituido por la vida del feto, en aquellos casos en que se acredita su carácter inviable, en circunstancias que la muerte del no nacido es inevitable, como resultado de la enfermedad congénita letal que lo afecta.

En otras palabras, no está en juego la vida del ser humano no nacido, debido a su incompatibilidad de desarrollar una existencia independiente fuera del útero de la mujer. Extremando dicha premisa, se ha afirmado, en el marco de la discusión jurídica brasileña acerca de la regulación de anomalías congénitas, que aquel supuesto no debe ser denominado como aborto, puesto que para su concurrencia es necesario que el feto sea un producto fisiológico, y no patológico. Por lo tanto, frente a un embarazo en el que ni siquiera una intervención quirúrgica pudiese salvar la vida del feto, verdaderamente no se trataría de un aborto, sino de una anticipación terapéutica del parto¹¹⁹.

Si bien, en el caso de Brasil, se determinó que la anticipación terapéutica del parto, en esa situación, no configura la figura de aborto, constituyendo, en cambio, una conducta atípica, en virtud de la imposibilidad de vida extrauterina; hemos señalado que la regulación de nuestro ordenamiento jurídico califica a la indicación embriopática como causa de justificación, por lo que resulta incorrecto enmarcarla en sede de tipicidad. No obstante, lo relevante es constatar que la interrupción del embarazo se legitima en virtud de la presencia en el útero de la mujer de un feto cuyas condiciones actuales –no se trata de un fundamento basado en la potencialidad de la vida– no permiten considerarlo como objeto de protección constitucional, puesto que su carácter letal implica que no exista una vida que tutelar.

En consecuencia, nuevamente resulta posible afirmar que el interés que motivó al legislador al momento de crear la norma presente en el artículo 119 N° 2 del Código Sanitario, no se relaciona en lo absoluto con aquel debate mediado por la afirmación de que toda vida humana es intrínseca y extraordinariamente valiosa, independiente

¹¹⁹ GAZZOLA., Luciana de Paula y MELO, Federico. *Anencefalia y anomalías congénitas: la contribución del patólogo al Poder Judicial*. Revista Bioética; 23 (3). 2015. p. 498.

de su *calidad*. No se trata de fundamentar el aborto embriopático en la premisa de que la vida de ciertos fetos tiene menos *valor* que la de otros, lo que trae aparejada una concepción en la que la interrupción del embarazo se justifica en aquellos casos en los que el feto está destinado a vivir una vida corta, infeliz y con discapacidades mentales, en el marco de lo que Selgelid denomina *nueva eugenesia*¹²⁰. En el caso que nos ocupa, por el contrario, dicha vida carece de posibilidades actuales de existir.

2.3. El riesgo de sobrevida del feto: ¿Necesidad de una fundamentación particular?

En el presente capítulo hemos examinado el rol que está llamado a jugar la medicina en el plano correspondiente a la segunda causal de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Luego, de la circunstancia que la norma exija la acreditación en el feto de una patología congénita, de carácter letal e incompatible con la vida extrauterina independiente, no se sigue que dicho diagnóstico elimine completamente el riesgo de sobrevida del nonato, en virtud de la evidente imposibilidad de que la ciencia médica opere en base a certezas absolutas.

Por lo tanto, ante la pregunta de si el riesgo de sobrevida constituye un problema frente a la fundamentación de la indicación embriopática, en el sentido de que la concurrencia de la causal descansa sobre el diagnóstico de inviabilidad fetal; y de qué manera, entonces, resulta coherente determinar el curso de acción a seguir en dichos casos en los que existe un recién nacido que, de todas maneras, va a morir. Y es que en este punto, debemos consignar dos elementos: no existe una incompatibilidad entre la acreditación del carácter letal de la patología fetal con el riesgo de sobrevida, y el fundamento de la normativa no puede depender de una suerte de binomio fáctico de regla general y excepción, en la cual esta última estaría representada por la sobrevida, afectando la justificación de fondo.

¹²⁰ SELGELID, Michael. *¿El aborto para la prevención de las imperfecciones humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales*. Revista de Filosofía; 31. 2004. p. 129.

Previo a profundizar sobre dichas consideraciones, cabe atender a lo contemplado en la normativa técnica acerca del procedimiento que debe seguirse en pos de la atención del recién nacido, que presenta signos de vida, pese a su mal pronóstico vital. Se señala que: *“El objetivo es resguardar la dignidad y la calidad de vida del recién nacido y su familia, de acuerdo con la voluntad de la mujer”*¹²¹. En esa línea, el énfasis de la atención debe ser el alivio del sufrimiento, el control del dolor, promoviendo un tratamiento continuo, en virtud de la práctica de cuidados paliativos.

En efecto, es necesario tener claro que la sobrevida del feto no se trata de una circunstancia que invalide el carácter letal de la patología, acreditado por el equipo médico durante el período de gestación. Así las cosas, no debe interpretarse como un supuesto en el cual el recién nacido está sano y resulta compatible con la vida, puesto que la normativa está diseñada en base a la premisa de su muerte inminente.

El fundamento que subyace a la decisión de resguardar la calidad de su sobrevida, ordenando realizar mínimas acciones de intervención, no se construye de manera distinta a la justificación de la indicación embriopática, sino que obedece al mismo interés por el cual se suspende el mandato de protección de la vida del feto.

Del mismo modo, su fundamento no debe ser confundido con aquel que es propio de la eutanasia neonatal, cuyo análisis supera el propósito del presente trabajo. En el caso que nos ocupa, en virtud de que la muerte del recién nacido habrá de producirse en las siguientes horas o días, un tratamiento médico distinto a los cuidados paliativos, no tiene sentido, puesto que la muerte, de todas maneras, se producirá en forma natural. Asimismo, se ha señalado que: *“Contrariamente a la eutanasia, que está moral y legalmente prohibida, retirar o no iniciar un tratamiento de soporte vital puede estar justificado cuando la intención sea cesar de oponerse, de manera irracional, al curso natural de la enfermedad”*¹²².

¹²¹ MINISTERIO DE SALUD. *op. cit.* p. 71.

¹²² MARTÍN, María. *Análisis del debate sobre la eutanasia neonatal a través de la literatura actual*. Cuadernos de Bioética; 23 (2). 2015. p. 233.

En suma, la circunstancia de que la normativa de salud prevea la administración de técnicas lo menos invasivas posibles, únicamente considerando la realización de los exámenes que permitan complementar el diagnóstico¹²³, se justifica en razón del carácter letal de la patología congénita del recién nacido, que lo torna incompatible con la vida, por lo que realizar acciones médicas inoficiosas para intentar inútilmente prolongar su estado, obedece a un sinsentido idéntico al relativo a tutelar la vida de un feto inviable, prohibiendo la realización de un aborto embriopático.

3. Una posible respuesta al problema de la acreditación

Finalmente, tras haber examinado los fundamentos que subyacen a la indicación embriopática presente en nuestro ordenamiento jurídico, cabe retomar la interrogante formulada al inicio de este capítulo, en virtud de la advertencia de una suerte de tensión entre el objetivo que persigue cumplir la segunda causal en comento, y la necesidad de acreditar sus supuestos. Así, nos preguntábamos si dicho conflicto, que, para estos efectos, puede reducirse en la observación de que la mujer debe tolerar su embarazo para poder interrumpirlo; es efectivamente problemático, o si, en cambio, debe ser reordenado en base a una interpretación diversa.

Resulta bastante esclarecedor recordar la naturaleza jurídica de la indicación embriopática, común a las tres causales del sistema de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, que las entiende como causas de justificación. Por lo tanto, cabe destacar que sus supuestos obedecen a la expresión de circunstancias excepcionales en las que, contrariamente a la regla general, la conducta abortiva se considera conforme a derecho, suspendiéndose, entonces, el reproche penal. Con el objetivo de intentar responder a la interrogante planteada, resulta fundamental no perder de vista que la segunda causal se encuentra inserta en un sistema que la diseña como excepción. En ningún caso de modo distinto.

¹²³ MINISTERIO DE SALUD. *op. cit.* p. 72.

Aquello permite advertir que el problema de la acreditación se construye a partir de una premisa que olvida, o al menos, le otorga menor entidad a dicha naturaleza excepcional. Una naturaleza cuya regla general implica dar cumplimiento al mandato presente en el artículo 19 N°1 inciso segundo de la Constitución, tutelando el bien jurídico representado por la vida del feto. En ese esquema, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la mujer, que justifican su decisión de interrumpir el embarazo, solo pueden aspirar a un tratamiento a la luz de una lógica excepcional.

Al enfatizar en que lo expuesto anteriormente constituye la base sobre la que se asienta la indicación embriopática, entonces, de ningún modo puede resultar problemático que la mujer se encuentre habilitada para interrumpir su embarazo, únicamente tras la certeza del diagnóstico realizado por el equipo médico. En otras palabras, el núcleo de esta segunda causal, del todo relacionado con su naturaleza de causa de justificación, es dotar de legitimidad a la conducta abortiva en aquel supuesto en que el feto padece una patología de carácter letal, incompatible con la vida extrauterina independiente.

Así las cosas, la circunstancia de que la mujer, llevada la normativa a un plano fáctico, posiblemente deba tolerar parte importante del período gestacional, con el fin de garantizar la efectividad del diagnóstico médico que permita dar muerte al feto; no podría ser de otra manera, puesto que el sistema chileno de despenalización de la interrupción del embarazo, se encuentra diseñado para que su prioridad sea el resguardo de la vida del feto. Luego, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres adquieren valor solo tras la acreditación de que el derecho permite suspender el mandato constitucional que protege dicha vida.

Por lo tanto, resulta erróneo señalar que la indicación embriopática presente en nuestro ordenamiento jurídico, adolece de problemas que la conducen a menoscabar los intereses de la mujer. No existe ningún menoscabo: la causal es plenamente coherente con el sistema del que forma parte, y no cabe reprocharle el someter a la mujer a largas esperas, en pos de la relevancia de los procedimientos médicos en la

acreditación de la inviabilidad fetal, dado que la necesidad imprescindible de constatar la patología correspondiente, no es sino su fundamento mismo. En ese sentido, si el legislador chileno considerara como una situación indeseable que la mujer deba permanecer en su estado de gravidez, con el fin de que se le permita abortar, necesariamente debería estructurar una causal distinta. Acerca de la indicación embriopática vigente en la actualidad, solo podemos señalar que obedece de manera correcta a la lógica de su fundamento, el cual no es el interés de la mujer en primacía frente a la vida del feto.

CONCLUSIONES

En virtud del desarrollo de la presente memoria, es posible dar cuenta de las siguientes conclusiones:

1. El estado de necesidad defensivo se erige como la institución clave para comprender la licitud del aborto consentido, operando a modo de contrapeso del deber de solidaridad impuesto por el Estado a la mujer en favor del feto. En efecto, el juicio de ponderación de intereses en conflicto debe considerar el derecho de la mujer a dirigir defensivamente su acción contra la esfera generadora del peligro, representado por la vida del *nasciturus*. Aquello permite justificar, en el plano jurídico penal, la primacía de los derechos personalísimos de la mujer, a quien resulta ilegítimo exigir un deber irrestricto de tolerar el embarazo, en su directo menoscabo.

2. El sistema de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo debe advertir en sus tres causales la naturaleza jurídica de causas de justificación. En ese sentido, existe un reconocimiento del principio de autonomía, entrelazado con la noción de derechos sexuales y reproductivos, otorgándole un sentido diferenciador al estado de necesidad defensivo, propiamente tal: la dignidad de la mujer y el libre desarrollo de su personalidad, impiden la instrumentalización de su cuerpo en favor de la vida del feto. Así, el modelo de indicaciones permite la realización de la conducta abortiva, en aquellos supuestos excepcionales en los cuales se le otorga primacía a los derechos fundamentales de la mujer, en el ejercicio de su propia autonomía.

3. Las experiencias constitucionales comparadas, particularmente, en los casos de Alemania y España, nos permiten concluir que el carácter distintivo de la indicación embriopática obedece a su propio fundamento, y no a criterios ligados a la verificabilidad del diagnóstico médico o a la imposición de un límite temporal, bajo el cual resulte permisible la práctica del aborto. Por lo tanto, la causal presente en el artículo 119 N° 2 de nuestro Código Sanitario, en ningún caso, puede ser equiparada

al interés perseguido en la configuración de una indicación social o eugenésica. En suma, y en este punto es la Ley Orgánica española 2/2010 la que ofrece luces al respecto, la única noción que nos permitirá determinar el fundamento del aborto embriopático es la inviabilidad fetal.

4. El correcto sentido y alcance de la segunda causal, no permite relativizar el rol fundamental que ejerce el diagnóstico médico, a efectos de acreditar su concurrencia. El núcleo de su fundamento reside en la suspensión del mandato constitucional de protección del feto, en virtud de su incompatibilidad con la vida extrauterina independiente. Esto es, no existe realmente una vida que tutelar. Aquello es lo central y lo que habilita a la ley para reconocer los derechos fundamentales de la mujer, en orden a interrumpir el embarazo, los cuales, en este caso, siempre estarán supeditados a la acreditación de la malformación congénita letal en el feto. No se trata de un problema, a raíz del cual se obstaculice el ejercicio de los intereses personalísimos de la mujer, sino que el fundamento mismo de la indicación como causa de justificación.

5. A la luz de dicho fundamento, no resulta posible construir una indicación embriopática que otorgue un mayor campo de acción, normativamente legitimado, a la mujer. Sus derechos, para el ordenamiento jurídico chileno, solo priman por sobre la vida del feto a modo de excepción, por lo que el interés del legislador no es otro que exigirle tolerar el embarazo mientras no se compruebe la inviabilidad del *nasciturus*, pues únicamente entonces se producirá la inversión que le otorgará prioridad al derecho de la mujer a abortar. En suma, nuestro denominado *problema de la acreditación* es, en todo caso, la expresión misma del ámbito de reconocimiento que el legislador quiso otorgarle a la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, lo cual, en un análisis de *lege ferenda*, es ciertamente criticable, pero de *lege lata*, resulta del todo coherente con la máxima relevancia de la constatación de la inviabilidad fetal, como base inequívoca del fundamento del aborto embriopático.

BIBLIOGRAFÍA

I. Textos académicos

ARROYO Z., Luis. *La indicación eugenésica*. En: Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Monográfico N°11. 1986.

BARREIRO, Agustín. *El aborto en la reforma penal española (1980-1992)*. 1993.

BASCUÑÁN R., Antonio. *Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado*. Revista de Derecho Público; 63. 2001.

BASCUÑÁN R., Antonio. *La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno*. Revista Derecho y Humanidades. 2004a.

BASCUÑÁN R., Antonio. *La píldora del día después ante la jurisprudencia*. Estudios Públicos; 95. 2004b.

BOHM, María Laura. *Comparación normativa: aborto en Argentina y Alemania*. En: Derecho Penal y Criminología. Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires; 1 (2). 2019.

COCA, Ivó. *Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. 2011.

DOMINGO, Rafael. *El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993*. Revista Chilena de Derecho; 21 (2). 1994.

ESER, Albin. *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado*. Actualidad Penal; 4 (24). 1994.

GARCÍA, Gonzalo. *Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile*. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes); 27. 2015.

GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

GAZZOLA., Luciana de Paula y MELO, Federico. *Anencefalia y anomalías congénitas: la contribución del patólogo al Poder Judicial*. Revista Bioética; 23 (3). 2015.

HERNÁNDEZ, Héctor. *La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación*. En: CASAS, Lidia y LAWSON, Delfina. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Centro de Derechos Humanos UDP. 2016.

LARRAURI, Elena. *Introducción a la imputación objetiva*. Artículo consistente en el discurso desarrollado para optar a una plaza de profesora titular.

LAURENZO C., Patricia. *Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto*. En: *Anuario de Derechos Humanos*. 2011.

LAURENZO C., Patricia. *Desandando el camino. La contrarreforma del aborto*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; 16-09. 2014.

MAÑALICH, Juan Pablo. *La permisibilidad del aborto como problema ontológico*. Revista Derecho y Humanidades; 23. 2014.

MARTÍN, María. *Análisis del debate sobre la eutanasia neonatal a través de la literatura actual*. Cuadernos de Bioética; 23 (2). 2015.

OSSANDÓN W., M. 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; 18 (2). 2011.

OSSANDÓN W., M. Magdalena. *Aborto y Justificación*. Revista Chilena de Derecho; 39 (2). 2012.

OSSANDÓN W., M. Magdalena. *Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana*. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes); 27. 2015.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. 2009.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23° edición. 2018.

REYES L., Mauricio y WINTER E., Jaime. *Panorama de la Ley N° 21.030 sobre interrupción voluntaria del embarazo*. Academia Judicial de Chile.

ROJAS A., Luis Emilio. *El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno*. Revista de Derecho (Valdivia); 32 (1). 2019.

ROMEO C., Carlos María. *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*. En: MIR, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. 1988.

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

SALINERO, Carmen. *El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la – casi eterna– respuesta a una incertidumbre*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; 20-31. 2018.

SELGELID, Michael. *¿El aborto para la prevención de las imperfecciones humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales*. *Revista de Filosofía*; 31. 2004.

SILVA S., Jesús-María. *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2007.

STEINER, Udo. *La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*; 13 (37). Enero-Abril 1993.

THOMSON, Judith. *Una defensa del aborto*. Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. Editorial Cátedra. Segunda edición. 1992.

VIVES ANTON, Tomás. *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*. *Revista Española de Derecho Constitucional*; 15. 1985.

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

ZÚÑIGA F., Alejandra. *Derecho a la vida, constitución y autonomía moral*. En: CASAS, Lidia y MAIRA, Gloria. *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N°1 de la Constitución: Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales*. Universidad Diego Portales. 2018.

ZÚÑIGA A., Yanira. *Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista*. *Revista lus et Praxis*. Año 19; 1. 2013.

ZÚÑIGA A., Yanira. *La regulación del aborto: entre el control y la autonomía*. En: CASAS, Lidia y LAWSON, Delfina. *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Universidad Diego Portales. 2016.

II. Normativa

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 21.030*. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje en Sesión 123. Legislatura 362. 31 de enero de 2015.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Informe. Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo*. 9 de abril de 2015.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 21.030. Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Cámara de Diputados. 15 de septiembre de 2015. Boletín N° 9.895-11.

LEY ORGÁNICA 2/2010 *“De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. 3 de marzo de 2010.

MINISTERIO DE SALUD. Ley N° 21.030. *Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. 23 de septiembre de 2017.

MINISTERIO DE SALUD. *Norma Técnica Nacional. Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la Ley N° 21.030*. Aprobada mediante Resolución Exenta N° 129 del 2 de febrero de 2018.

MINISTERIO DE SALUD. Ley N° 20.584. *Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud*. 24 de abril de 2012.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. Ley N° 20.422. *Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad*. 10 de febrero de 2010.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 3 de mayo de 2008.

III. Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. Sentencia de 25 de febrero de 1975.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. Sentencia de 28 de mayo de 1993.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Rol N° 3729-2017. 28 de agosto de 2017.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STC 53/1985. 11 de abril de 1985.