

## **LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS ANTE LA JURISPRUDENCIA\***

**Antonio Bascuñán Rodríguez**

En este artículo se comenta críticamente la sentencia dictada por la Corte Suprema en el año 2001 que prohibió un anticonceptivo de emergencia, sosteniéndose que el uso de ese fármaco por parte de una mujer constituye un acto de legítimo ejercicio de un derecho constitucional. A juicio del autor, la Constitución chilena consagra un principio de exigibilidad diferenciada de la prohibición de atentar contra seres humanos aún no nacidos. Una de las consecuencias de la consagración de ese principio es que el ser humano no es titular de derechos constitucionales antes de nacer. Otra consecuencia es que en ciertos supuestos los derechos fundamentales de la mujer tienen preponderancia frente al interés en proteger la supervivencia de seres humanos aún no nacidos. El uso del anticonceptivo de emergencia, sostiene el autor, es uno de estos supuestos.

---

ANTONIO BASCUÑÁN. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho y candidato a Doctor, Ludwig-Maximilian Universität München. Profesor de Derecho Penal y Teoría del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad de Chile.

\* Versión extendida de la ponencia presentada en el seminario “La píldora del día después: Aspectos normativos”, realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de junio de 2004.

Véanse en esta misma edición el artículo del profesor de derecho Arturo Fernandois, los artículos de los doctores Fernando Zegers y Enrique Oyarzún, y los antecedentes del debate incluidos en la sección Documentos (N. del E.).

La cuestión de la admisibilidad legal del anticonceptivo de emergencia Levonorgestrel, conocido también como “la píldora del día después”, ha recobrado vigencia en la discusión pública a raíz de la decisión del Ministerio Salud de distribuirlo gratuitamente como parte de su política de asistencia a víctimas de abusos sexuales. Esa discusión ha entrado de lleno, una vez más, en el debate jurídico. El 20° Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de 30 de junio de 2004, declaró nula la resolución del Instituto de Salud Pública que en 2001 autorizó la comercialización del fármaco Postinor-2 (Levonorgestrel)<sup>1</sup>. El caso se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Como es bien sabido, ya existe un pronunciamiento de la Corte Suprema en relación con la cuestión del estatus constitucional de este anticonceptivo de emergencia: *Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros*<sup>2</sup>. Aunque en el derecho chileno no rija la doctrina del *stare decisis*, por lo que las sentencias judiciales no constituyen precedente, cuando se trata de responder a la pregunta por la solución correcta de un determinado problema desde el punto de vista del derecho vigente, es razonable tomar en consideración la jurisprudencia existente. Y esto, no sólo por razones estratégicas. También en términos sustantivos de racionalidad esa consideración permite situar en un contexto concreto la exigencia de justificación que cualquier propuesta de solución debe satisfacer.

El propósito de este artículo es efectuar un comentario crítico de la sentencia de la Corte Suprema, contribuyendo con ello al esclarecimiento de las cuestiones constitucionales y legales involucradas en esta discusión.

Antes y ahora, el debate se ha concentrado en la cuestión empírica de si el Levonorgestrel produce o no un efecto impeditivo de la implantación del embrión humano en el endometrio, o si tiene un efecto meramente anticonceptivo. Como resulta obvio, en este último caso la comercialización y el consumo del fármaco dejan de ser constitucional y legalmente impugnables, ya que no existen derechos fundamentales u otros intereses de significación constitucional y peso específico suficiente que entren en

<sup>1</sup> 20° Juzgado Civil de Santiago: *Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública y otros*, Rol N° 5839-02, 2004. [Texto del fallo se encuentra reproducido en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta misma edición (N. del E.).]

<sup>2</sup> Corte Suprema: *Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros*, 2001, pp. 199-208. [Esta sentencia se encuentra reproducida en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos* (N. del E.).] Hasta antes de esta sentencia, existía un caso jurisprudencial en el que se había admitido a tramitación un recurso de protección en favor de la vida de un feto: *Carabantes Cárcamo*, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14.11.91. Éste es un fallo irrelevante como antecedente jurisprudencial, pues la cuestión de la titularidad del *nasciturus* ni siquiera fue planteada, y en el caso tampoco se llegó a una decisión sobre el fondo del recurso.

colisión con el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva de la mujer, concretado en el uso de anticonceptivos. Sólo bajo la hipótesis de que se produzca ese efecto impeditivo de la implantación es que tiene sentido la discusión en torno al estatus constitucional del embrión y las consecuencias que de ello se derivan para los actos de la Administración del Estado. Bajo ese entendimiento es que tiene lugar el análisis que sigue.

Efectuaré este análisis a modo de comentario de la sentencia aludida, distinguiendo cuatro aspectos: (1) problemas de legitimación activa de un recurso de protección interpuesto a favor de la vida de embriones no individualizados, (2) problemas de justificación de la consideración del embrión como titular de un derecho subjetivo a la vida, (3) problemas de ponderación de intereses y (4) problemas adicionales. A la luz de las consideraciones anteriores desarrollaré brevemente (5) mi posición acerca del estatus constitucional de la píldora del día después. Finalmente expondré lo dicho en siete tesis, a modo de (6) resumen.

### **1. La cuestión de la legitimación activa**

El primer problema constitucional planteado por el caso se refería a la legitimación activa de los recurrentes. Como se recordará, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección, sosteniendo que no se había identificado a un titular individual y concreto de un derecho constitucional. En apelación, la Corte Suprema revocó esa decisión, aceptando la legitimación activa de los recurrentes. No es claro, sin embargo, cual sea el fundamento de esta decisión de la Corte Suprema, pues ninguna de las razones principales que ella esgrime es pertinente.

Primero, la Corte Suprema señala como fundamento el derecho a la vida. Pero la legitimación activa era problemática en este caso, porque no se podía identificar a un titular individual y concreto de ese derecho que se encontrara amenazado. La mención del derecho no resuelve ese problema.

En segundo lugar, la Corte señala que los propios recurrentes son titulares de un derecho constitucional relevante, a saber, “el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aun se encuentran en etapa de desarrollo o gestación” (Cons. 4º). Pero este derecho no existe. La Constitución consagra el derecho a la vida. A lo más se deriva de este derecho un deber de protección cuyo destinatario es el Estado. En este sentido, es decir, en el sentido que “deber” implica “poder”, puede entenderse que implica un permiso objetivo para el Estado. Pero este permiso no es equivalente a un derecho subjetivo. Sostener lo contrario equivale a confundir

la posición de destinatario de deber correlativo a un derecho con la posición de titular de un derecho. No existe un derecho constitucional a no matar; mucho menos, a proteger la vida.

En tercer término (Cons. 5º), la Corte invoca las disposiciones del Código Civil que establecen un deber de protección judicial de la vida del *nasciturus* y una disposición del Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce la relevancia de la vida humana como objeto de protección desde el momento de la concepción. Independientemente del problema que representa la consideración de estas normas extraconstitucionales como fundamento de la interpretación de disposiciones constitucionales, es evidente que ellas no pueden resolver el problema de la legitimación activa: de ellas no se deduce la identificación de algún titular individual y concreto.

En cuarto lugar, la Corte considera que el fundamento de los recurrentes estaría en la facultad jurisdiccional de los tribunales, cuyo ejercicio es inexcusable. Pero es obvio que esta consideración no puede ser una razón pertinente; sostener lo contrario implicaría negar la necesidad de legitimación activa como requisito del ejercicio válido de cualquier acción: cualquiera estaría legitimado para ejercer cualquier acción que solicitase de un tribunal el ejercicio de la jurisdicción.

Finalmente, la Corte sostiene que los embriones preimplantacionales no serían “sujetos indefinidos y faltos de concreción”, sino “seres en desarrollo después de la concepción” (Cons. 7º). Aquí la Corte confunde la cuestión de si el embrión es un individuo de la especie humana (en el sentido de la definición de persona) con la cuestión propia de la legitimación activa: lo problemático para la legitimación activa de los recurrentes no era el estatus abstracto del embrión, sino la identificación de un embrión individual y concreto cuya vida estuviera afectada al menos en grado de amenaza.

En definitiva, el único argumento pertinente es el formulado por la Corte como razón subsidiaria, y que es del siguiente tenor:

la legitimación activa sólo requiere que haya seres concretos existentes que pudieren ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aun cuando no sepa dónde se encuentran ni se tenga certeza de su nombre ni de ningún otro atributo individualizador (Cons. 8º, primer párrafo).

La pertinencia del argumento no garantiza, por cierto, su coherencia. En verdad, resulta difícilmente imaginable un argumento más incoherente: ¿cómo podría acreditarse la satisfacción del requisito de la existencia

de seres concretos si no se puede dar indicación alguna de su ubicación espacial ni otro rasgo que los individualice? Consciente de la debilidad de su afirmación, la Corte sostiene que este caso es semejante a otros en los cuales se ha dispensado protección a personas indeterminadas, además de una persona individualmente afectada (Cons. 8º, párrafo segundo). El argumento falla, porque en este caso no hay una persona individualmente afectada. Finalmente, la Corte sostiene que la protección de un derecho en grado de amenaza no requiere la existencia del titular al momento de la amenaza, sino sólo al momento de hacerse efectivo ese peligro. Nuevamente, el argumento falla. Aún aceptando la tesis de la admisibilidad de la protección preventiva de un derecho *ex ante* inexistente, es claro que ello requiere eventual existencia *ex post* del titular al momento de la realización del peligro, en los términos concretos e individuales que el recurso exige. Y ese no era aquí el caso.

Así pues, la cuestión de la legitimación activa, correctamente decidida en términos negativos por la Corte de Apelaciones, fue decidida afirmativamente por la Corte Suprema, sin razones. Y el problema no es menor.

El recurso de protección es un procedimiento de control concreto de constitucionalidad. Por eso es que su procedencia requiere la identificación de un titular individual. La masa indeterminable de embriones preimplantacionales no satisface ese requisito. En el contexto de un procedimiento de control abstracto de la constitucionalidad de los actos administrativos esta cuestión sería irrelevante. Pero en el contexto de un procedimiento de control concreto es una cuestión crucial de admisibilidad. En otras palabras, con su decisión arbitraria la Corte Suprema alteró el carácter del recurso de protección en tanto procedimiento de control de constitucionalidad<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Lo mismo cabe decir de la sentencia del 20º Juzgado Civil de Santiago, que aceptó la legitimación activa del Centro Juvenil Ages, organización comunitaria regulada por la Ley 19.418, como demandante en un juicio ordinario de nulidad de derecho público. Las razones aducidas por la sentencia para aceptar su legitimación activa son: (a) que el objeto de la acción es el restablecimiento de las normas constitucionales infringidas, y (b) que el artículo 75 del Código Civil ordena al tribunal adoptar las medidas convenientes para proteger la existencia del que está por nacer (considerando 11º). Ambos argumentos son manifiestamente falaces. La acción de nulidad de derecho público es, en la concepción más favorable a su admisibilidad institucional, un procedimiento de control concreto de la validez de los actos de los órganos del Estado. Luego, para que su ejercicio sea admisible se requiere que su titular haya sido lesionado en sus intereses por el acto estatal que se impugna, tal como por lo demás lo prevé la Constitución para lo contencioso administrativo (artículo 38 inciso 2º). En lo que respecta al deber legal de protección de la vida del que está por nacer, obviamente el artículo 75 del Código Civil no es una regla de competencia: la actuación judicial en cumplimiento de ese mandato requiere un proceso regular como contexto previo.

## 2. La cuestión de la titularidad

### a) *El argumento de la Corte*

El segundo problema constitucional que planteaba el caso se refería a la condición del embrión preimplantacional como titular del derecho constitucional a la vida. La Corte Suprema afirmó ese estatus. Su afirmación, sin embargo, carece de fundamento consistente.

La Corte define el problema constitucional del siguiente modo:

lo que debe resolverse es desde cuándo podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o más bien, desde cuándo corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida (Cons. 14°).

Este planteamiento es incorrecto. El recurso de protección es una acción cuya finalidad es dispensar protección judicial a derechos constitucionales. En el marco del recurso de protección lo relevante no es que la Constitución proteja la vida de los seres humanos. Lo relevante es que la Constitución asegure a las personas el derecho a la vida. Luego, lo que debe justificarse es la identificación del titular de ese derecho subjetivo público. Uno de los aspectos que debe ser resuelto para estos efectos es el alcance del término “persona” en el contexto de la Constitución.

La decisión de la Corte implica la identificación de los conceptos de persona y ser humano. Sin embargo, la propia Corte se contradice en este punto, en la misma formulación de su tesis:

(...) el que está por nacer —cualquiera sea la etapa de su desarrollo pre natal, pues la norma constitucional no distingue—, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce (...).

Como resulta obvio, si el ser humano “se constituye en persona” con el nacimiento, entonces el embrión no puede ser calificado de persona. Y por lo mismo no tiene derecho constitucional a la vida. Este derecho, como los demás derechos subjetivos, públicos y privados, lo tienen los seres humanos nacidos vivos, pues es uno de esos “atributos” reconocidos a las personas por el ordenamiento jurídico.

La Corte considera que la definición de persona del Código Civil (Art. 55) incluye a los embriones (Cons. 18°). Pero no repara en la diferencia de estatus que el propio Código Civil establece entre los seres humanos

nacidos (titulares de derechos subjetivos) y los seres humanos no nacidos (objeto de protección). Y no es casual que no repare en ello. Pues la Corte es incapaz de efectuar esta distinción conceptual.

Tal como arriba se dijo, su planteamiento del problema en el considerando 14° no distingue la especificidad de un derecho subjetivo público. En su considerando 16° hace equivalentes “la garantía del derecho a la vida” y “la protección del que está por nacer”. Y en su considerando 19° afirma que la protección dispensada por el Código Civil al *nasciturus* (Arts. 75 y 76) confirmarían su condición de persona. En suma, el razonamiento de la Corte se basa en una falacia (*non sequitur*): de la existencia de un deber de protección de la vida del *nasciturus* (constitucional y civil) deduce su condición de titular del derecho a la vida. La inferencia, por supuesto, no es válida. De un derecho subjetivo pueden inferirse normas de deber, pero no a la inversa. Menos en el contexto de la Constitución chilena, donde existen buenas razones, como luego se verá, para comprender al deber de protección como compensación de la inexistencia del derecho.

Debe reconocerse, no obstante, que la Corte invoca una razón independiente de esta confusión para justificar la atribución de personalidad al embrión:

Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca (Cons. 18°, párrafo segundo).

En sus propios términos, esta tesis es manifiestamente insuficiente. La continuidad de un proceso no basta para justificar la identidad de sus distintos estadios.

Es evidente que a la luz de la Constitución son personas los seres humanos nacidos. Es también un hecho fuera de discusión que todos los seres humanos nacidos vivieron antes en estado fetal, anidados al endometrio de una mujer, y antes en estado embrionario preimplantacional, ya sea dentro del cuerpo de una mujer (*in vivo*) o en una matriz experimental (*in vitro*). Es por lo tanto evidente que un embrión preimplantacional humano puede, desarrollándose, llegar a ser un ser humano nacido, o sea, indiscutiblemente una persona.

Los hechos antedichos permiten sin duda fundamentar una valoración del embrión preimplantacional. Puede aceptarse que el valor del estado final de ese proceso —la persona— confiere un valor a su estado inicial

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

La afirmación de la continuidad del proceso de desarrollo del embrión es verdadera, en el sentido de que se trata de un proceso sin discontinuidad. Pero, una vez más, de eso no se deduce que los distintos estadios de ese proceso sean idénticos entre sí, es decir, que el organismo que se transforma en ese proceso de desarrollo sea siempre lo mismo desde un punto de vista ontológico, antes y después de su transformación.

Lo que la tesis de la Corte presupone es que en este proceso continuo de desarrollo puede reconocerse en todos sus estadios un mismo criterio de identidad del ser en transformación. Esta es la identidad genética. La Corte sostiene, pues, la tesis de la equivalencia entre identidad genética e identidad personal. Ella adhiere al concepto de persona postulado por el Magisterio de la Iglesia Católica<sup>4</sup>.

Esta tesis no es correcta.

Un embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo. Lo más probable es que se pierda, sin que llegue a desarrollarse en sentido alguno. También es posible que de él se originen dos embriones. Estos gemelos pueden desarrollarse independientemente y llegar a nacer. Pero puede que uno de ellos termine siendo un quiste en el cuerpo del otro. Finalmente, es posible que el embrión se desarrolle como una mola, que nunca llegará a nacer. Incluso es posible que esa mola se desarrolle como un cáncer para la mujer. Todas estas posibilidades están presentes en el embrión preimplantacional. Considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona, atendiendo a la identidad genética, es desde un punto de vista biológico tan justificado como considerarlo un ser idéntico a un quiste o un cáncer.

Desde un punto de vista biológico, la identidad individual del ser humano, en un sentido suficiente como para fundamentar ontológicamente

<sup>4</sup> Declaración *De Aborto Procurato*, de la Congregación de la Doctrina de la Fe (18 de noviembre de 1974): “ella [la ciencia genética humana] ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será ese ser viviente” (IV.13); Instrucción de la Congregación de la Doctrina de la Fe: *Donum Vitae* (22 de febrero de 1987): “la [biología humana] reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo ser humano” (I.1); encíclica *Evangelium Vitae* (25 de marzo de 1995), reproduciendo ambos documentos anteriores (60). La misma tesis es asumida por el 20° Juzgado Civil en su sentencia de 30 de junio (*supra*, nota 1, considerandos 45° y 52°).



su calificación como persona, sólo puede afirmarse cuando se ha producido en ese organismo en desarrollo la expresión génica de aquellos rasgos que se consideran definitorios de la condición de un individuo de la especie humana, en el sentido específico con que los seres humanos nacidos lo son. Cuáles sean esos rasgos, esa es una cuestión controvertida. Como ejemplos tempranos en el desarrollo del embrión o feto puede indicarse la individualidad en tanto cancelación de la posibilidad de gemelación (día decimo-cuarto), el autorreconocimiento de la individualidad manifestado en el surgimiento del sistema inmunológico, o el término relativo de la constitución del programa de desarrollo embrionario (octava semana). En todo caso, cualesquiera que sean esos rasgos, ellos aparecen después de tener lugar la anidación del embrión en el endometrio de una mujer.

Por supuesto, lo anterior no hace al embrión preimplantacional un organismo ajeno a la especie humana. Su identidad genética es humana. Pero esa misma identidad genética la comparte cualquier célula o tejido celular del cuerpo de un ser humano. Y ninguna de esas células o tejidos son individuos de la especie humana.

Lo particular del embrión es su potencialidad de llegar a ser un individuo de la especie humana bajo ciertas condiciones. Pero esto no se debe a que sus células tengan una propiedad específica, sino todo lo contrario. Se debe a que aún no han sufrido el proceso de diferenciación y especificación que caracteriza el desarrollo del organismo humano. El surgimiento de los rasgos constitutivos de la individualidad biológica requiere precisamente algún grado de diferenciación y especificación celular. La potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona.

El hecho de que un embrión preimplantacional carezca de los atributos antedichos se encuentra fuera de discusión. Este hecho es sin embargo neutralizado por el paradigma genético, es decir, por la consideración del código genético como principio activo exhaustivo del desarrollo del embrión. La falta de expresión génica —se sostiene desde este paradigma— queda compensada por el hecho de que ese fenómeno es parte del desarrollo de un organismo conforme a un programa que existe con anterioridad a dicho fenómeno. Esta tesis supone que el embrión preimplantacional posee la potencia de desarrollarse, en el sentido preciso de que posea la capacidad intrínseca y autónoma de transformarse en ese ser humano individual.

En un sentido obvio, esa capacidad intrínseca y autónoma no existe. El despliegue de esa capacidad requiere condiciones espaciales y tempora-

les precisas. Sólo si el embrión se encuentra en un nicho adecuado en el momento oportuno puede desarrollarse. La pregunta es, por lo tanto, si esta relatividad de la capacidad de desarrollo del embrión no es más que la relatividad de la capacidad de subsistencia y desarrollo de cualquier organismo vivo respecto del ambiente. Eso es lo que afirma el paradigma genético<sup>5</sup>. Pero esto ya no es pacífico. Actualmente, ese modo de ver las cosas es controvertido por el paradigma alternativo, esto es, el paradigma epigenético<sup>6</sup>.

Desde el punto de vista del paradigma epigenético es un error identificar el programa de desarrollo del embrión con su programa genético. El programa de desarrollo del embrión no está prefigurado, sino que se genera por interacciones moleculares y macromoleculares. En las etapas tempranas del desarrollo embrionario el programa de desarrollo se encuentra él mismo en desarrollo, se autogenera. Para la emergencia de este programa es tan esencial el código genético como su lectura, y ésta depende del contexto, es decir, de elementos externos al ADN (de aquí el término “epigenético”). El contexto brinda las señalizaciones que son indispensables para gatillar respuestas celulares, y con ello el despliegue de los procesos de diferenciación celular.

La afirmación central del paradigma epigenético, por lo tanto, es que el comportamiento del organismo en la etapa embrionaria no está codificado en el ADN sino en la red de interacciones celulares de carácter ambiental, lo cual incluye desde luego al genoma pero no se limita a él. En el caso de las especies placentarias, la simbiosis entre el embrión y el organismo que soporta su desarrollo es tal que las señalizaciones que gatillan las capacidades del embrión provienen en parte esencial del endometrio. Sin estas señales, que son en todo semejantes a las señales del propio embrión, las posibilidades del embrión nunca se actualizarían. Por lo tanto, antes de la anidación en el endometrio de una mujer no puede afirmarse del embrión humano la posesión de una capacidad autónoma de desarrollo. Un embrión humano no anidado puede continuar creciendo antes de morir,

<sup>5</sup> Esta perspectiva es lo que caracteriza al informe de Carlos Valenzuela, académico del Programa de Genética Humana de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, citado extensamente en la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago (considerando 28°). En los términos transcritos por la sentencia: “El cigoto humano (...) es una célula que autónomamente se construye y es capaz de deprogramar y reprogramar su material hereditario y tiene todas las funciones integradas. Se autodetermina, se autoconstruye y se autoprograma. En cualquier parte del organismo interno de la madre que cae este cigoto y, si tiene los nutrientes y oxígeno suficientes, organiza un embrión, los anexos embrionarios y puede llegar a nacer”.

<sup>6</sup> Al respecto, Alonso Bedate, Carlos: “El Valor Ontológico el Embrión Humano”, 2002, pp. 51-92; Lacadena, Juan Ramón: “Embriones Humanos y Cultivos de Tejidos”, 2000, p. 191 y s. Ambos con abundantes referencias bibliográficas.

pero no puede diferenciarse más allá de la etapa de blastocisto. Sin la anidación no es posible el desarrollo del embrión, porque aún no ha emergido su programa de desarrollo.

Así pues, el fundamento de la Corte Suprema para atribuir al embrión preimplantacional el estatus de persona descansa en una falacia o en un paradigma científico en crisis.

#### b) *La omisión de la Corte*

La disposición constitucional interpretada por la Corte Suprema es del siguiente tenor:

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

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

La ley protege la vida del que está por nacer.

La Corte sostiene con su interpretación de estas disposiciones al menos cuatro tesis: (1) que el embrión preimplantacional se encuentra comprendido por la categoría “el que está por nacer” (en adelante, *nasciturus*); (2) que el *nasciturus* es titular del derecho constitucional a la vida, (3) que ese derecho es esencialmente igual al derecho a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, y (4) que ese derecho tiene como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al *nasciturus*. La tesis (1) ha sido rebatida en la sección precedente. En esta sección corresponde discutir las otras tres tesis<sup>7</sup>.

La fórmula abreviada de la interpretación de la Corte consiste en sostener que el *nasciturus* es persona en el sentido de la Constitución, con igual dignidad y derechos a todas las demás personas, desde el momento de su concepción. Conforme a esta interpretación, la protección constitucional a la vida del *nasciturus* se encuentra ya contenida íntegramente en el inciso primero del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. El imperativo constitucional de protección legal de su vida, contenido en el inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol., cumpliría una función secundaria, afirmando a lo más

---

<sup>7</sup> El contexto en que corresponde discutir las no se restringe a estatus del embrión preimplantacional, sino que se extiende asimismo al estatus del embrión implantado y al del feto. Siguiendo la propia lógica de la Corte, el embrión preimplantacional no puede tener un estatus jurídico de mayor peso específico que el del embrión implantado y el feto. Por tal razón, lo que se predique negativamente de éstos es *a fortiori* predicable de aquél: si el feto no goza del estatus de persona, menos aún podría gozarlo el embrión preimplantacional.

una consecuencia de la protección directamente dispensada por la Constitución al asegurarle el derecho a la vida.

Esta interpretación de la Constitución goza de amplia difusión en nuestro medio<sup>8</sup>. Sin embargo, se trata de una interpretación difícilmente admisible.

En primer lugar, el propio contexto de la regulación expresa una distinción inequívoca entre las personas y el que está por nacer. Aquellas son titulares de un derecho subjetivo público, el derecho a la vida, oponible incluso al legislador. La vida del que está por nacer, en cambio, es objeto de protección imperativo para el legislador. La interpretación de la Corte desconoce esta diferencia expresada por el texto, ya que la hace irrelevante o bien discriminatoria. Si del derecho a la vida se deduce sin más un deber para el legislador de protegerla, entonces la norma del inciso segundo es irrelevante. Si ese deber no se deduce sin más del derecho a la vida, entonces esa norma es discriminatoria, pues establecería para la vida del que está por nacer una protección más intensa que la dispensada a la vida de los nacidos.

En segundo lugar, la interpretación de la Corte contraviene manifiestamente la voluntad normativa que subyace al texto constitucional. Esto queda demostrado con el examen de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional, tal como se los encuentra en las *Actas* de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>9</sup>.

La discusión en torno a esta cuestión se originó con una propuesta del miembro de la Comisión, Jaime Guzmán Errázuriz, consistente en reco-

<sup>8</sup> Así, Varela Del Solar, Jorge Luis: "Derechos Humanos y Aborto", 1980, p. 195 y ss.; Zapata Larraín, Patricio: "Persona y Embrión Humano. Nuevos Problemas Legales y su Solución en el Derecho Chileno", 1988, p. 375 y ss.; Rozas Vial, Fernando: "Problemas Jurídicos y Morales que Plantean la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro", 1989, p. 725 y ss.; Corral Talciani, Hernán: "Comienzo de la Existencia y Personalidad del que Está por Nacer", 1989-1990, p. 33 y ss.; el mismo, "El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria", 1990, p. 301 y ss.; Soto Kloss, Eduardo: "El Derecho a la Vida y la Noción de Persona en la Constitución", 1991, sección 1ª., p. 55 y ss.; Corral Talciani, Hernán: "Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial", 1992, p. 439 y ss.; Precht Pizarro, Jorge E.: "Consideraciones Ético-jurídicas sobre el Aborto Terapéutico", 1992, p. 509 y ss.; Ugarte Godoy, José Joaquín: "Comienzo de la Persona Humana. Aspectos Biológico, Filosófico y Jurídico", 2000, p. 87 y ss.; Isler Soto, Carlos: "En Torno a la Personalidad del Embrión", 2000, p. 121 y ss. Todos los autores mencionados profesan la religión católica. Véase también la revista *Ius Publicum* N° 7 (2001), p. 67-186, dedicada al comentario laudatorio de la sentencia de la Corte Suprema examinada en estas páginas.

<sup>9</sup> Sesiones 84ª (en 4 de noviembre de 1974), 87ª (en 14 de noviembre de 1974), 89ª (en 21 de noviembre de 1974), 90ª (en 25 de noviembre de 1974), 93ª (en 5 de diciembre de 1974) y 407ª (en 9 de agosto de 1978). Una breve síntesis de estas sesiones, salvo por la última, puede verse en Fiamma Olivares, Gustavo: "El Derecho a la Vida. Antecedentes en las *Actas de la Comisión de Estudios Constitucionales*", 1980, p. 223 y ss.

ger en el texto constitucional dos principios básicos: (1) el reconocimiento expreso al *nasciturus* el derecho a la vida asegurado como derecho fundamental por la Constitución, y (2) como consecuencia de lo anterior, la expresa proscripción o condena del aborto en términos absolutos<sup>10</sup>.

Es el caso sin embargo que la propuesta de Jaime Guzmán sólo fue secundada por un miembro de la Comisión, Alejandro Silva Bascuñán<sup>11</sup>, quedando en consecuencia relegada a la condición de opinión minoritaria.

La mayoría de la Comisión, formada por Enrique Ortúzar Escobar (presidente), Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Quiroz, esgrimió diversas razones para objetar la propuesta de Jaime Guzmán. Así, Jorge Ovalle sostuvo que en ciertos supuestos el aborto podía resultar justificable, como en el caso del embarazo que es producto de un abuso sexual, y que en todo caso resultaba inconveniente establecer en la Constitución una regulación de esta materia, que debía quedar entregada al Código Penal<sup>12</sup>. Por su parte, Enrique Evans hizo ver que la propuesta se basaba en consideraciones religiosas o de moral individual, como la creencia en el alma del *nasciturus*, y que era dudosa la legitimidad de imponer esas convicciones en una sociedad pluralista<sup>13</sup>. Finalmente, Enrique Ortúzar sostuvo que un deber tan riguroso como sacrificar la vida de la mujer embarazada era jurídicamente inexigible, y que tampoco había certeza en la determinación de la existencia del *nasciturus*, lo cual hacía difícil reconocerlo sin más como titular de derechos. Pese al intento de refutación de Jaime Guzmán<sup>14</sup>, la consideración de la propuesta como expresiva de una concepción religiosa, incompatible con una Constitución pluralista, fue respaldada por Jorge Ovalle<sup>15</sup>, reafirmada por Enrique Evans<sup>16</sup> y apoyada enfáticamente por Enrique Ortúzar<sup>17</sup>, induciendo por momentos incluso a Alejandro Silva a abandonar la pretensión de imponer semejante concepción a todos los miembros de la sociedad política<sup>18</sup>.

Como resultado de esta coincidencia de opiniones de la mayoría de los miembros de la Comisión, la propuesta de Jaime Guzmán fue rechaza-

---

<sup>10</sup> CENC (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República*, Sesión 87ª, pp. 11, 13-14.

<sup>11</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 13.

<sup>12</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 12.

<sup>13</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 14.

<sup>14</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, pp. 13-14, 17-19, 22-23.

<sup>15</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, pp. 15-17.

<sup>16</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, pp. 20-21.

<sup>17</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 21.

<sup>18</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 17.

da<sup>19</sup>. Este es el hecho más importante de la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional: la Constitución de 1980 no consagra los dos principios formulados por Jaime Guzmán, porque no pretende imponer a todos los chilenos la doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica.

El significado esencial del rechazo de la propuesta de Jaime Guzmán consiste en que el estatus constitucional de la vida del *nasciturus* no es idéntico al estatus constitucional de la vida del nacido. En los términos del debate habido al interior de la Comisión, esto significa que en relación con la vida del *nasciturus* la Constitución no pretende consagrar una prohibición absoluta de atentar contra ella, como sí lo hace respecto de la vida del nacido. Desde el punto de vista de los redactores del texto constitucional, la consecuencia de esta diferencia se concreta en el reconocimiento al legislador de un cierto margen de prerrogativa de decisión para despenalizar algunas acciones destructivas de la vida del *nasciturus*, margen del que carece tratándose de los atentados contra la vida del nacido. En otras palabras, conforme al voto de mayoría de la Comisión, la despenalización del homicidio no consentido sería inconstitucional, no así la del aborto, al menos respecto de ciertos casos calificados<sup>20</sup>. La expresión más clara de esta diferencia se encuentra en el siguiente pasaje de las *Actas* de las Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que corresponde a una intervención de su presidente, Enrique Ortúzar Escobar:

(...) en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar una cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las conviccio-

<sup>19</sup> Al acordarse la redacción del texto constitucional, Jaime Guzmán intervino del siguiente modo: “El señor GUZMÁN hace presente que, en todo caso, desea dejar testimonio de su opinión convencida y contraria al precepto que se ha aprobado, y de su profundo desencanto de que, en realidad, la Constitución no vaya a tomar una definición en esta materia que, a su juicio, es la única conciliable con los derechos humanos que hoy día, lamentablemente, están muy deteriorados en el mundo.” (CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, p. 20).

<sup>20</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, pp. 14 (intervención de Enrique Ortúzar, contradiciendo la intervención de Jaime Guzmán), 16 (idem), 19-20 (intervención de Enrique Ortúzar, resumiendo las intervenciones de otros miembros de la Comisión).

nes morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política<sup>21</sup>.

Es importante destacar que esta decisión mantuvo su vigencia incluso en las sesiones finales de la Comisión, ya que fue celosamente custodiada por su artífice, Enrique Ortúzar Escobar, frente a los intentos de Jaime Guzmán Errázuriz por revertirla o encubrir su alcance. Así, en la Sesión 407<sup>a</sup>, en 9 de agosto de 1978, a propósito de la redacción del informe de la Comisión, Jaime Guzmán propuso suprimir el siguiente párrafo:

De este modo, el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen<sup>22</sup>.

Advirtiendo que la propuesta de Jaime Guzmán podía desvirtuar el sentido del voto de mayoría de la Comisión en relación con la punibilidad del aborto, Enrique Ortúzar intervino del siguiente modo:

El señor ORTÚZAR (Presidente) estima indispensable dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer, porque si la Constitución derechamente lo hiciera, estaría abocándose a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto.

(...)

El señor ORTÚZAR (Presidente) señala que la ventaja del texto reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendente como una norma de la Constitución<sup>23</sup>.

Frente a estas objeciones, Jaime Guzmán retiró su propuesta, declarándose partidario de “dejar el punto para la labor de los intérpretes”<sup>24</sup>.

---

p. 16. <sup>21</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90<sup>a</sup>, en 25 de noviembre de 1974,

3340. <sup>22</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 407<sup>a</sup>, en 9 de agosto de 1978, p.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.*

Establecidos los hechos anteriores, cabe entrar al análisis de las consecuencias que de ellos se derivan. Esta es una cuestión sumamente problemática. La razón de ello se encuentra en la insuficiencia de las representaciones normativas de los propios redactores del texto constitucional.

Como se ha visto, la discusión al interior de la Comisión giró en torno a las consecuencias que tendría para la legislación penal el establecimiento de una prohibición constitucional de atentar contra la vida del *nasciturus* equivalente a la prohibición de atentar contra la vida de las personas (los seres humanos nacidos). Debe recordarse que en 1978 se encontraba vigente el Art. 119 del Código Sanitario en su antigua redacción<sup>25</sup>, que permitía la práctica de un aborto consentido por fines terapéuticos. En los términos con que fue formulada, la propuesta de Jaime Guzmán pretendía producir como efecto la inconstitucionalidad de esa autorización legal. El rechazo de ese efecto fue la razón del voto de mayoría.

Al respecto, es indispensable clarificar que el efecto constitucional no puede restringirse a la habilitación al legislador para proceder a la despenalización del aborto, sino que se encuentra primariamente referida a la autorización de la acción misma de ocasionar la muerte del feto, ya sea por la Constitución o por el legislador. Es decir, no se trata de un efecto de la norma constitucional sobre la necesidad de sancionar del aborto, sino sobre su estatus general como acción tolerada o prohibida por el derecho. Esto es así, porque del hecho que una acción sea inconstitucional (esto es, antijurídica por infracción de una prohibición constitucional) no se deduce sin más que deba ser punible. El legislador no está obligado a sancionar penalmente toda infracción de la Constitución. La acción de ocasionar la muerte de un feto podría estar prohibida por la Constitución, en los términos pretendidos por Jaime Guzmán, y no obstante ser justificable su impunidad<sup>26</sup>.

Por lo tanto, la redacción del texto constitucional procedente del voto de mayoría de la Comisión implica que no existe en el nivel del orden

<sup>25</sup> Esto es, la redacción establecida mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 11 de diciembre de 1967 (D.O. de 31 de enero de 1968). La redacción originaria, procedente del Decreto con Fuerza de Ley N° 226 de 15 de mayo de 1931 (D.O. de 29 de mayo de 1931), era idéntica en cuanto al sentido de la norma como autorización del aborto por fines terapéuticos.

<sup>26</sup> Esta afirmación es el contenido esencial de la reciente decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Vo v. France*, N° 53924/00, de 8 de julio de 2004, donde se sostiene que la acción de indemnización de perjuicios en un procedimiento contencioso administrativo es remedio judicial suficiente para satisfacer un supuesto deber de protección de la vida humana frente a acciones letales cometidas negligentemente (considerandos 88-91, citando precedentes en el mismo sentido). Al respecto, en relación con el derecho internacional, Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Derechos Fundamentales y Derecho Penal", 2003, p. 319 y ss.



constitucional una norma prohibitiva del aborto equiparable en sus alcances a la prohibición constitucional del homicidio.

Esclarecido el punto anterior, quedan pendientes otras dos cuestiones concernientes a las consecuencias derivadas de la decisión del voto de mayoría de la Comisión. La primera se refiere a la determinación precisa del sentido en que cabe entender que la protección de la vida del *nasciturus* es “relativa” en comparación con el carácter “absoluto” de la protección de la vida de las personas. Al análisis de esta cuestión se dedica la sección siguiente. La segunda cuestión se refiere al modo cómo se expresa en el texto constitucional esta diferencia.

Si bien es posible señalar claramente cómo no se debe interpretar el Art. 19 N° 1 de la C. Pol. —la Constitución no puede leerse como si contuviera la regulación propuesta por Jaime Guzmán—, no es igualmente clara la respuesta a la cuestión de cómo sí debe interpretárselo. Ello, porque el modo empleado por el voto de mayoría de la Comisión para expresar su voluntad fue auténticamente paradójico. La paradoja reside en el hecho de que para *relativizar* las consecuencias de la protección de la vida del *nasciturus*, el voto de mayoría de la Comisión estableció un *mandato de protección* de esa vida.

¿Cómo se puede resolver esta paradoja?

Una primera alternativa interpretativa consistiría en sostener las siguientes tres tesis: (1) que el *nasciturus* es titular de un derecho constitucional a la vida, (2) que el peso específico de ese derecho no es sin embargo esencialmente igual al peso específico del derecho a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, y (3) que en virtud de su diferente condición, de este derecho no se desprende como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al *nasciturus*.

Conforme a esta interpretación, la Constitución sí consagraría el derecho a la vida del *nasciturus*, pero no equipararía este derecho al derecho a la vida de que son titulares los seres humanos nacidos, por lo menos en la medida en que el derecho a la vida del *nasciturus* no impondría como deber correlativo una prohibición absoluta de atentar contra esa vida, semejante a la prohibición del homicidio.

Esta tesis interpreta el voto de mayoría de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución exclusivamente como un rechazo de la segunda tesis defendida por el voto de minoría. Es decir, los miembros de la Comisión que concurrieron con su voto favorable a la redacción del texto constitucional no habrían desconocido la calidad de titular del derecho a la vida del *nasciturus*, propuesta por Jaime Guzmán, sino que sólo habrían rechazado la consecuencia práctica que éste pretendía deducir de ese derecho,

expresada en su segunda tesis, esto es, la prohibición absoluta del aborto. Conforme a esta segunda interpretación, entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida de las personas existiría una diferencia relativa a sus consecuencias jurídicas, consistente en que el deber de protección por parte del Estado sería un deber más flexible tratándose de la vida del *nasciturus* que tratándose de la vida de las personas.

Esta es una reconstrucción verosímil del pensamiento del voto de mayoría. Como se ha visto, a juicio del voto de mayoría, no se podía prejuzgar en la Constitución una respuesta categóricamente negativa a la cuestión de la admisibilidad de ciertos casos justificados de aborto, y que por lo tanto se hacía necesario reconocer al legislador un cierto margen en el ejercicio de su prerrogativa de determinación para resolver la cuestión<sup>27</sup>. Apoya lo anterior el que hasta el mismo Enrique Ortúzar Escobar insinuara la plausibilidad de extender el derecho a la vida garantizado por la Constitución al *nasciturus*, y sostuviera que precisamente por esta razón era necesario expresar en el texto constitucional el carácter más flexible del deber del legislador de regular penalmente el aborto<sup>28</sup>. Incluso en su intervención posterior en el Consejo de Estado habría explicado por qué en la propuesta de la Comisión “se ha establecido el derecho a la vida del que está por nacer”<sup>29</sup>.

Asimismo, se puede señalar que esta tesis parecería contar con el apoyo de algunos autores de la doctrina constitucional<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> El alcance de ese margen de discrecionalidad es incierto, en las representaciones de la propia Comisión. La posición más estricta fue sostenida por Enrique Evans, quien sólo estimó procedente la autorización en los casos de peligro para la vida o la salud de la madre (indicación terapéutica). La posición más amplia fue la defendida por Jorge Ovalle, quien mencionó además el caso de la concepción que es producto de un abuso sexual (indicación criminológica), y llegó a sostener que las restricciones constitucionales no se referían tanto a una enumeración de casos, como a imponer al legislador la carga de la prueba argumentativa acerca de la conveniencia de su decisión desde el punto de vista general de dispensar una protección legal adecuada al *nasciturus*. Finalmente, Enrique Ortúzar se demostró partidario de una mayor flexibilidad que la mera autorización del aborto terapéutico, pero pensando siempre en un determinado número de casos (CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, pp. 16 a 19).

<sup>28</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, p. 18.

<sup>29</sup> Consejo de Estado (CE): *Actas de las Sesiones del Consejo de Estado*, Sesión N° 58, en 12 de diciembre de 1978, líneas 41 y 42 de la página manuscrita respectiva.

<sup>30</sup> Tal pareciera ser el caso de la —contradictoria— postura de Enrique Evans de la Cuadra, que por una parte estima que el inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la Constitución Política refuerza el derecho a la vida del *nasciturus*, encargando al Legislador “que rechace la interrupción provocada del aborto y toda legislación permisiva del aborto”, pero por otra parte estima “que hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados” (*Los Derechos Constitucionales*, Tomo I, 2ª ed., 1999, pp. 113-114). En un sentido semejante, pero menos explícitos en la incongruen-

Finalmente, cabe observar que la mayor flexibilidad que la Constitución debe reconocer en relación con la prohibición de dar muerte al *nasciturus* puede fundamentarse adecuadamente en la intensidad del conflicto de intereses que suscita la protección de su vida en contra de la voluntad de la mujer embarazada. Así, la “relatividad” de la protección de la vida del *nasciturus*, en el sentido del voto de mayoría de la Comisión, no correspondería a la determinación de su estatus abstracto —esto es, si el *nasciturus* es o no titular o no de un derecho subjetivo público—, sino a su estatus concreto, una vez efectuado el debido juicio de ponderación de intereses. Este es un punto de vista importante en la jurisprudencia constitucional comparada, pues corresponde a la tesis del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>31</sup>.

No obstante todos los argumentos que puedan servirle de apoyo, esta interpretación tropieza en el contexto de la Constitución chilena con un obstáculo formidable.

Como se ha visto, en la representación del voto de mayoría de la Comisión la explicitación del tratamiento diferenciado se encontraría en el inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol., esto es, la disposición procedente del Art. 75 del Código Civil. Pero si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, entonces no es lógicamente posible deducir de un imperativo de protección una autorización para no cumplir en toda su extensión el deber de protección que cabría deducir de ese derecho a la vida del *nasciturus*. Una norma imperativa, que contiene un deber de actuar de un determinado modo, no puede ser interpretada como una norma permisiva que autoriza la abstención de actuar de ese modo.

De todo lo dicho se desprende que una interpretación del precepto constitucional que sea leal con la distinción expresada en el texto constitucional, que respete la voluntad normativa subyacente al texto constitucional y que sea compatible con el sentido literal posible de los dos preceptos en cuestión, debe partir de la base que el voto de mayoría, para expresar su rechazo al voto de minoría, eludió la declaración expresa del *nasciturus* como persona o titular del derecho a la vida, e incorporó en su lugar en el texto constitucional una disposición proveniente del Código Civil.

---

cia, Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, dejan entender que todo ser humano tendría derecho a la vida, y que la introducción del inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. obedecería a la finalidad de “que en el futuro no se pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto” (*Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª. Ed., 1994, p. 199).

<sup>31</sup> Al respecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio: “Límites a la Prohibición y Autorización Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado”, pp. 209-247.

Esta premisa responde directamente al contexto de las disposiciones constitucionales. Conforme a ella, la Constitución protege la vida de las personas reconociéndoles un derecho subjetivo público a la vida, pero protege al *nasciturus* de otro modo, mediante su declaración como objeto de protección imperativa para el Legislador. 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.

De más está decirlo, esta interpretación es concordante con la técnica de protección del *nasciturus* empleada por el Código Civil chileno (Arts. 55, 74, 75 y 77), que sólo admite la condición de titular de derechos civiles a las personas naturales existentes, esto es, nacidas (Arts. 55, 74), suspendiendo hasta el nacimiento los derechos que se diferirían al *nasciturus* si fuera persona existente (Art. 77), pero declarándolo al mismo tiempo como objeto de protección legal (Art. 75). Transportada esta última norma al contexto constitucional, ello implica una declaración del *nasciturus* como objeto de protección legal forzosa aunque no sea un sujeto de derechos subjetivos públicos.

Esta tesis, que es sostenida por parte de la doctrina penal<sup>32</sup>, tiene sólido apoyo en la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional.

Diversas intervenciones de Enrique Evans, Jorge Ovalle y Enrique Ortúzar dejan entender que la protección constitucional de la vida del *nasciturus*, inclusive en términos de su derecho a la vida, se encontraría exclusivamente en el inciso segundo del Art. 19 N° 1. Así, al formular Enrique Evans su propuesta originaria de incorporar en la Constitución el Art. 75 del Código Civil, planteó como cuestión central si este deber de protección debía ser considerado como un deber absoluto o como una norma flexible, dando con ello a entender claramente que ésta era la norma constitucional relativa al *nasciturus*<sup>33</sup>. Así también, al manifestar Jorge

<sup>32</sup> Enfáticamente la sostiene Alfredo Etcheberry Orthustegui, como presupuesto de su análisis del delito de aborto (*Derecho Penal*, 3ª ed., 1998, Tomo III, pp. 91-92). Mario Garrido Montt también considera que el *nasciturus* se encuentra excluido de la categoría de las personas con derecho a la vida (*Derecho Penal, Parte Especial*, 1999, Tomo III, p. 24), aunque luego expresa algo enigmáticamente que “[l]a idea fundamental del aborto es la posible equiparación del *nasciturus* (...) con el ser ya nacido” (p. 97). Por su parte, Sergio Politoff, Francisco Grisollá y Juan Bustos sostienen que el *nasciturus* es el titular del bien jurídico protegido por las normas que sancionan el aborto, pero al mismo tiempo niegan que ello impida una valoración diferenciada de la vida del *nasciturus* en comparación con la vida del ser humano nacido (*Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª ed., 1993, pp. 137-138).

<sup>33</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, en 14 de noviembre de 1974, pp. 14-15.

Ovalle su aprobación a la incorporación del Art. 75 del Código Civil, expresó que con ello se protegería la vida del que está por nacer, respetándose así el derecho a la vida del *nasciturus*, cuestión respecto de la cual él no discrepaba<sup>34</sup>. Es precisamente en este carácter de única norma referida al *nasciturus* que Enrique Ortúzar acogió la propuesta de Enrique Evans como propuesta aceptada por la Comisión<sup>35</sup>. Esto queda finalmente de manifiesto en el breve intercambio de opiniones entre los miembros de la Comisión que tuvo por objeto aclarar el resultado del debate en torno al derecho a la vida. A la sugerencia de Alejandro Silva Bascuñán, en el sentido de que habría acuerdo para que “se aseguren los derechos del que está por nacer”, Enrique Ortúzar respondió que conforme al acuerdo de la Comisión “la ley protegerá los derechos del que está por nacer”; a esto, Enrique Evans observó que la disposición constitucional acordada consistía en que “el legislador protegerá la vida del que está por nacer”, ante lo cual los otros dos miembros concordaron en que el bien relativo al *nasciturus* que la Constitución ordenaría proteger era la vida y no los derechos en general del *nasciturus*<sup>36</sup>.

Estos antecedentes permiten explicar de un modo no problemático las expresiones de Enrique Ortúzar, en el sentido que la Constitución protegería el derecho a la vida del *nasciturus*. Su alusión al posible alcance del inciso primero del Art. 19 N° 1, por ejemplo, se entiende perfectamente como un argumento hipotético, esgrimido para el caso en que no hubiera en el texto constitucional una norma especialmente dedicada a la vida del *nasciturus*. Su referencia ante el Consejo de Estado al derecho a la vida del que está por nacer, por otra parte, corresponde indudablemente al inciso segundo del Art. 19 N° 2, que era precisamente lo necesitado de explicación ante ese órgano estatal<sup>37</sup>.

Se puede, pues, sin lugar a dudas, afirmar que la Constitución protege al *nasciturus* mediante la incorporación en su texto de una regla que

---

<sup>34</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, en 14 de noviembre de 1974, pp. 19-20.

<sup>35</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, en 14 de noviembre de 1974, pp. 21; *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 89ª, en 21 de noviembre de 1974, p. 11.

<sup>36</sup> CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, p. 13.

<sup>37</sup> Las Actas de la Sesión así lo demuestran. El orden de la exposición de Enrique Ortúzar correspondió al orden del articulado de la propuesta de la Comisión: (a) uso de la expresión “personas” en vez de “habitantes” (encabezamiento del Art. 19); (b) recepción de las declaraciones internacionales de derechos humanos como fundamento de la inclusión del derecho a la vida (Art. 19 N° 1, inciso primero); (c) explicación del establecimiento del derecho a la vida del que está por nacer (Art. 19 N° 1, inciso segundo); (d) exigencia de ley de quórum calificado para establecer la pena de muerte (Art. 19 N° 1 inciso tercero) (*loc. cit., supra*, nota 29).

anteriormente sólo tenía rango legal. La redacción de la disposición así lo demuestra, y así lo entendieron muy claramente la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>38</sup> y el Consejo de Estado<sup>39</sup>. En el contexto legal y constitucional, esta regla hace de la vida del *nasciturus* un objeto de protección, sin hacer del *nasciturus* un titular del derecho a la vida.

Resta por determinar cuál sea el alcance de esta protección.

Desde luego, del hecho que la Constitución reconozca la vida del *nasciturus* como objeto de protección, sin conceder al *nasciturus* la calidad de titular del derecho constitucional a la vida, se deducen varias consecuencias negativas para el estatus constitucional de la vida del *nasciturus*:

- (aa) el reconocimiento como objeto de protección no ofrece los procedimientos judiciales específicos de protección, los de amparo o protección, que sí ofrece el reconocimiento como derecho constitucional;
- (bb) el reconocimiento como objeto de protección no permite fundamentar con la misma conclusividad la existencia de una norma de comportamiento correlativa (la prohibición de atentar contra ese objeto), como sí lo permite el reconocimiento como derecho constitucional;
- (cc) el reconocimiento como objeto de protección no impone la obligación de asignar a ese objeto un peso específico como sí lo impone el reconocimiento como derecho constitucional (y que en el caso del derecho a la vida es máximo).

Para el caso que en su momento conoció la Corte Suprema, la consecuencia (aa) es crucial. Puesto que el *nasciturus* no es titular del derecho constitucional a la vida, resulta improcedente la interposición de una acción de protección a favor de la vida de un embrión preimplantacional. El así denominado “recurso de protección” es una acción de tutela de un derecho subjetivo público y no un procedimiento de control genérico de la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> “Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla nuestro Código Civil desde su dictación” (CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 407ª, en 9 de agosto de 1978, p. 3339).

<sup>39</sup> El miembro del Consejo, Juvenal Hernández, planteó “sus dudas en cuanto a las ventajas de trasladar a la Constitución una norma del derecho privado, como es la protección del que está por nacer” (CE: *Actas de las Sesiones del Consejo de Estado*, Sesión N° 58, en 12 de diciembre de 1978, líneas 3 a 5 de la página manuscrita respectiva). La mayoría de los integrantes del Consejo no compartió estas dudas; dentro de los que sí lo hicieron se encontraba el ex Presidente de la República, y presidente del Consejo, Jorge Alessandri Rodríguez.

<sup>40</sup> Distinto es el caso de la acción de nulidad de derecho público, cuyo presupuesto —en caso de considerársela admisible— no se reduce a la lesión de un derecho constitucional. El presupuesto de la invalidación del acto estatal es la infracción a una norma constitucional, y no sólo a una norma constitucional de derecho subjetivo.

En cuanto ahora a las consecuencias positivas relativas al estatus constitucional de la vida del *nasciturus*, éstas son de dos órdenes. Una es consecuencia necesaria, es decir, no se la puede negar si se admite la existencia del imperativo constitucional de protección de la vida del *nasciturus*. La otra depende de una decisión interpretativa.

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

La consecuencia antedicha es innegable. Lo que queda por resolver es si, además de esa protección indirecta, puede atribuirse al inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. el efecto de dispensar alguna clase de protección directa.

La respuesta afirmativa a la cuestión anterior podría argüir del siguiente modo. El imperativo de protección de la vida del *nasciturus*, dirigido al legislador, se basa en la consideración de la vida del *nasciturus* como un objeto merecedor de protección jurídica. Esto significa que la vida del *nasciturus* no es irrelevante para la Constitución; en ella se encuentra una opción por la vida del *nasciturus*, oponible a la voluntad contraria de una eventual mayoría democrática. Esa opción constitucional contramayoritaria permite considerar la vida del *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido, y ese estatus permite afirmar, por vía interpretativa, la existencia de una prohibición constitucional de atentar contra su vida.

Esta interpretación de la vida del *nasciturus* como objeto de protección constitucional le asigna algún peso específico en caso de conflicto entre su protección y la protección de otros derechos constitucionales. Asimismo, el reconocimiento de una prohibición constitucional de atentar contra la vida del *nasciturus* permite fundamentar la antijuridicidad de la acción de ocasionar su muerte, con todas las consecuencias que pueden derivarse de ello, con independencia de la legislación. Finalmente, puede incluso sostenerse que la opción constitucional por la vida del *nasciturus* obliga a entender incorporado en el mandato de protección dirigido al

legislador un mandato de expresión de la antijuridicidad del atentado al *nasciturus*.

Por su parte, la respuesta negativa a la pregunta por la existencia de una protección constitucional directa de la vida del *nasciturus* puede ofrecer el siguiente argumento. De la existencia del imperativo de protección dirigido al legislador se deduce no sólo la existencia de una opción constitucional por la vida del *nasciturus*, sino además una opción constitucional por el medio o forma de asegurar esa opción por la vida del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico, cual es, imponer a los órganos colegisladores un deber (supralegal) de establecer una adecuada protección legal. En relación con la vida del *nasciturus*, en la Constitución sólo se encuentra una norma cuyo destinatario es el legislador.

Conforme a esta interpretación, la protección constitucional del *nasciturus* sería exclusivamente una protección indirecta, mediada por la necesaria intervención de la protección legal. Por esta razón, el atentado contra la vida del feto no podría ser considerado como constitutivo de un ilícito constitucional, es decir, de un hecho antijurídico por referencia a normas constitucionales que lo prohíben. Estas normas no existirían.

Como se puede apreciar, la redacción del texto constitucional acordada por el voto de mayoría deja a cargo del intérprete la decisión de un ámbito considerable de cuestiones. La Corte Suprema fue incapaz de advertir todo este ámbito de problemas interpretativos<sup>41</sup>.

### 3. Problemas de ponderación de intereses

La interpretación de la Constitución defendida en la sección anterior parece a primera vista depender exclusivamente de consideraciones relativas a la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones constitucionales. Esa impresión no es correcta.

El fundamento de la tesis de la diferenciación entre la protección constitucional de la vida del *nasciturus* y la protección del derecho a la vida de las personas no es de carácter histórico, sino sistemático y valorativo. Lo relevante como premisa no es el hecho histórico del voto de mayo-

<sup>41</sup> En lo que respecta al punto de vista del 20° Juzgado Civil de Santiago, si bien su sentencia omite por completo el análisis de las dificultades interpretativas que ofrece el artículo 19 N° 1 de la C. Pol., cabe señalar que en términos generales su decisión es consistente con la interpretación más restringida del precepto. En efecto, la declaración de nulidad se basa en que el acto administrativo impugnado, en tanto desprotege la vida del *nasciturus*, infringe el deber de protección establecido en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la C. Pol. (considerandos 51°, 52°).



ría, sino el reconocimiento expresado en ese voto de un principio constitucional, cual es, el de la exigibilidad diferenciada del deber de abstenerse de matar al *nasciturus* en relación con la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro.

Lo que afirmaba la propuesta de Jaime Guzmán, siguiendo la doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica, era la extensión al *nasciturus* de la consideración de la prohibición de matar a otro como un absoluto moral. Lo que hizo el voto de mayoría fue rechazar esa afirmación. Se trata, pues, de dos concepciones antagónicas acerca de la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro.

Desde un punto de vista histórico es inequívoco que la concepción defendida por Jaime Guzmán fue rechazada por los redactores de la Constitución. Afirmar, como lo hace la Corte Suprema, que esa concepción es la consagrada por la Constitución, es falso. Eso ya está demostrado. Lo que ahora corresponde demostrar es que, además, esa concepción es incorrecta. El principio correcto, desde un punto de vista moral y jurídico, es el de la exigibilidad diferenciada, consagrado en la Constitución. Esta sección tiene por objetivo examinar este principio y sus principales consecuencias.

El primer paso en este examen es precisar en qué puede consistir el carácter “absoluto” de la prohibición de matar a los seres humanos nacidos.

La teología moral de Tomás de Aquino afirma como principio moral la prohibición absoluta de matar a otro ser humano<sup>42</sup>. Esta prohibición, sin embargo, no es una norma jurídica. Se trata, además, de una tesis moral incorrecta, pero para los efectos de este artículo basta con demostrar que no pertenece al derecho vigente. Desde el punto de vista del derecho occidental, la verdad es precisamente la contraria: el derecho autoriza en ciertos casos el homicidio deliberado de un ser humano. No existe una prohibición jurídica irrestricta de matar a otro.

El caso más obvio en que el homicidio se encuentra autorizado es la legítima defensa. El caso más importante como demostración de la incorrección de la postura de la teología moral tomista, sin embargo, es el del estado de necesidad defensivo. Este es también el caso más relevante para el análisis del conflicto de intereses que origina la protección de la vida del *nasciturus* en contra de la voluntad de la mujer embarazada.

La diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo se encuentra en que en el primer caso se reacciona contra una

---

<sup>42</sup> “[D]e ningún modo es lícito matar al inocente” (Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 64 a. 6). La muerte deliberada justa, excluida de la prohibición en virtud de la calificación del otro como un “inocente”, es la cometida como ejecución de una condena judicial: “(...) cuando la muerte de los malos no entraña un peligro para los buenos, sino más bien seguridad y protección, se puede lícitamente quitar la vida de aquéllos” (II-II, q. 64).

agresión ilegítima (y, según algunos, culpable). En el estado de necesidad defensivo, por el contrario, se reacciona contra un peligro generado por un ser humano, que no puede calificarse como agresión ilegítima (o, según algunos, culpable). En el estado de necesidad defensivo se mata deliberadamente a un ser humano inocente y ese homicidio se encuentra no obstante autorizado por el derecho. Si es correcto matar en estado de necesidad defensivo, entonces es evidente que no existe una prohibición absoluta de matar a otro<sup>43</sup>.

En la filosofía moral anglonorteamericana, gracias al ejemplo de Robert Nozick, este caso es conocido como el caso de la *amenaza inocente*: alguien es amenaza inocente si es inocentemente un agente causal en un proceso tal que sería un agresor si hubiera elegido ser esa clase de agente<sup>44</sup>. En la doctrina penal alemana<sup>45</sup>, los casos de estado de necesidad defensivo son sistemáticamente clasificados en función de la clase de requisitos de la legítima defensa cuya ausencia en el caso concreto impide la calificación de la situación como una agresión ilegítima actual o inminente: casos de ausencia de agresión por ausencia de acción, casos de ausencia de ilegiti-

<sup>43</sup> La teología moral de Tomás de Aquino intenta eludir esta objeción mediante la doctrina del voluntario indirecto o doctrina del doble efecto. Conforme a esta doctrina, si (1) un mismo acto produce dos efectos, uno de los cuales es intencionado y el otro no, si (2) el efecto intencionado es lícito, y si (3) el efecto no intencionado es proporcionado al efecto intencionado, entonces la licitud de aquél cubre éste. Ello, porque los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención (II-II, q. 64, a.7). Esta es una concepción subjetiva extrema de la calificación de la licitud del acto. Discutir su incorrección excede el margen de estas páginas. Baste en este lugar con señalar: (a) que cuando la muerte de otro es consecuencia necesaria del acto de defensa, cabe asumir ese resultado como abarcado por una intencionalidad equivalente a la del propósito defensivo (dolo directo); (b) que no es razonable basar la justificación del acto en consideraciones exclusivamente subjetivas: la situación defensiva debe concurrir objetivamente para que proceda la justificación; (c) que si bien es razonable exigir el conocimiento de la situación defensiva para justificar plenamente la muerte de otro, eso en ningún caso implica que su desconocimiento fundamente la calificación del hecho como homicidio consumado; y (d) que la exigencia adicional de una motivación exclusivamente defensiva es por regla excesiva desde el punto de vista de la justicia política. Desde el punto de vista de la justicia política, lo correcto es reconocer como plenamente justificada la muerte aún intencional de otro, en casos objetivos de defensa que sean conocidos por el que mata (satisfaciéndose en lo demás los requisitos de la prohibición de exceso en la reacción defensiva).

<sup>44</sup> Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*, 1974, p. 34. El caso de Nozick es fantasioso: Si alguien levanta a un tercero y lo arroja contra usted al fondo de un pozo profundo, ¿puede usted usar su pistola de rayos para desintegrar el cuerpo que cae antes de que se estrelle y lo mate a usted, suponiendo que la persona lanzada pudiera sobrevivir a la caída sobre usted?

<sup>45</sup> En general, Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*, 1997, pp. 705-712. Con más detenimiento, Otte, Lars: *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand* (El Estado de Necesidad Defensivo Originado por Seres Humanos), 1998. En la doctrina española, Baldó Lavilla, Francisco: *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, 1994, especialmente pp. 43-106.

midad de la acción agresiva, casos de ausencia de actualidad o inminencia de la acción agresiva<sup>46</sup>.

- (aa) casos de ausencia de agresión por ausencia de acción: un ser humano genera el peligro para otro en virtud de movimientos corporales reflejos, o bien ocasionados por el padecimiento de una *vis absoluta*, o en estado de inconsciencia;
- (bb) casos de ausencia de ilegitimidad de la agresión: un ser humano genera el peligro para otro obrando en error invencible acerca de la situación en que se encuentra, tal como es definida por las normas que prohíben o permiten ese comportamiento (error de tipo prohibitivo o permisivo);
- (cc) casos de ausencia de actualidad o inminencia de agresión: un ser humano manifiesta su disposición a agredir en el futuro, particularmente cuando ha agredido en el pasado (por ejemplo, en el síndrome de la mujer maltratada).

Lo característico de los casos (aa) y (bb) es que el ser humano que genera el peligro para otro es inocente. Ese peligro no puede serle imputado como una acción contraria al derecho. Precisamente por ello, en ninguno de estos casos puede afirmarse la procedencia de la legítima defensa. Pero en todos ellos puede llegar a justificarse la muerte de quien origina ese peligro, si es el medio necesario para apartar el peligro. Y la razón es obvia: del hecho que un ser humano origine inocentemente un peligro no se deduce para el afectado un deber de tolerarlo. El afectado por ese peligro tiene derecho a reaccionar en defensa de sus intereses.

Por supuesto, debe satisfacerse un buen número de requisitos para que esa reacción defensiva se encuentre justificada. Tal como en la legítima defensa, la reacción lesiva del inocente tiene que ser el medio necesario (adecuado y menos lesivo) para apartar el peligro por él generado. Además, tiene que satisfacerse un requisito de ponderación entre el interés que se defiende (el interés de quien se ve afectado por el peligro generado, en adelante “interés de protección”) y el interés que se lesiona como medio para defenderse (el interés del ser humano que generó el peligro que es necesario afectar mediante la reacción defensiva, en adelante, “interés de afectación”). Es en relación con este requisito que tiene sentido hablar de un “valor absoluto” de la vida humana, y por lo mismo, donde se produce

---

<sup>46</sup> Para una postura doctrinaria, a estas constelaciones de casos se agrega una cuarta categoría, la de los casos en que la agresión no es culpable. Estos son casos de acciones antijurídicas cometidas por inimputables (menores de edad, enajenados mentales) o bien por agentes que obran en error de prohibición invencible o en una situación de exculpación, como por ejemplo el miedo insuperable.

el efecto del principio de exigibilidad diferenciada consagrado en la Constitución.

La institución del estado de necesidad<sup>47</sup> se caracteriza por exigir la satisfacción de un estándar de preponderancia en la ponderación entre el interés de protección y el interés de afectación. Conforme a este estándar, el interés que se protege de un peligro debe tener mayor peso específico que el que se afecta para apartar ese peligro. Esta exigencia de preponderancia corresponde, sin embargo, a la situación del estado de necesidad agresivo, es decir, a situaciones en las cuales el interés de afectación no representa la fuente del peligro para el interés de protección. Este es el caso paradigmático de estado de necesidad: sacrificar el interés de un tercero, ajeno a la generación del peligro, para proteger un interés propio. La razón de la exigencia de preponderancia es obvia: si el interés de afectación es enteramente ajeno a la creación del peligro, no puede justificarse su afectación como medio para proteger un interés de menor peso específico.

Por esta razón, para el derecho penal europeo continental nunca puede justificarse por estado de necesidad agresivo la muerte de otro. Aquí se encuentra, precisamente, el ámbito de aplicación del carácter “absoluto” de la vida humana como interés o valor protegido por el derecho, en que no admite ser relativizado en un juicio de ponderación con otros intereses, ni siquiera otras vidas. No hay vidas humanas que valgan menos que otras. 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.

Distinto es el caso de aquel ser humano que genera el peligro, o sea, el caso del estado de necesidad defensivo. Aquí, el estándar de ponderación ya no exige preponderancia sino que se conforma con una equivalencia de los intereses en conflicto. El caso más obvio, para un homicidio en estado de necesidad defensivo, es la protección de otra vida humana. Puesto que no hay vida humana más valiosa que otra, se trata de intereses por definición equivalentes. El afectado que no tiene deber de tolerar el peligro puede, por lo tanto, legítimamente defenderse del ser humano inocente que lo genera, incluso matándolo.

En resumen, la prohibición de matar a un ser humano nacido reconoce al menos dos excepciones: (a) la legítima defensa y (b) el estado de

<sup>47</sup> El Código Penal chileno regula el estado de necesidad agresivo como causa de justificación de atentados a la propiedad (Art. 10 N° 7 del C. P.). En el contexto del Código Penal chileno, tanto el estado de necesidad defensivo como el estado de necesidad agresivo justificante de atentados a bienes personalísimos deben construirse como casos de ejercicio legítimo de un derecho, en el sentido del artículo 10 N° 10 del C. P.

necesidad defensivo. En estos dos casos está permitido matar intencionalmente a otro ser humano nacido. El carácter “absoluto” de la prohibición se refiere a que no es admisible matar a un ser humano vivo en estado de necesidad agresivo. Ningún interés puede tener un peso preponderante respecto del interés que cada ser humano nacido tiene en su supervivencia, cuando éste es ajeno al peligro creado para esos eventuales intereses.

Este es, pues, el horizonte normativo sobre el cual cabe analizar la tesis del voto de mayoría de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que consagró el principio de la exigibilidad diferenciada: Si la prohibición de matar a un ser humano nacido encuentra sus excepciones en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo, pero no en el estado de necesidad agresivo, ¿qué excepciones cabe adicionalmente reconocer respecto de la prohibición de matar al *nasciturus*?

De lo dicho se desprende que hay dos posibles sentidos en los cuales la prohibición de atentar contra la vida del *nasciturus* puede verse relativizada en comparación con la prohibición de atentar contra la vida de los nacidos: (a) la aceptación del estado de necesidad agresivo, y (b) la atenuación de las exigencias del estándar de ponderación de intereses en el estado de necesidad defensivo.

El primer contexto corresponde, a grandes rasgos, a la problemática de la justificación del uso de células germinales humanas provenientes de embriones preimplantacionales para fines terapéuticos o de investigación. La cuestión debatida en este contexto es precisamente si una célula germinal humana puede ser usada como un medio para el logro de un fin valioso, pero que en ningún caso consiste en eliminar un peligro creado por esa célula. El segundo contexto corresponde a la problemática de la justificación de la muerte del embrión o feto en defensa de los intereses de la mujer que se verían afectados por el embarazo y la maternidad. Este último es el contexto al que corresponden estas páginas.

Todo embarazo no consentido por la mujer constituye un caso de estado de necesidad defensivo. Para la mujer que no desea el embarazo, el embrión o feto es una amenaza inocente (en el sentido de Nozick) para sus intereses personales. Un embarazo no consentido implica la afectación del interés de la mujer en su autonomía reproductiva. Éste es un interés personalísimo de relevancia constitucional. En tanto decisión acerca de su maternidad y descendencia, la autonomía reproductiva forma parte de su derecho a la vida privada, en el sentido del artículo 19 N° 4 de la C. Pol. La 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 exclusiva del individuo. En tanto

decisión acerca del embarazo, la autonomía reproductiva de la mujer forma parte de su derecho a la integridad física y psíquica, en el sentido del artículo 19 N° 1 de la C. Pol. El embarazo constituye una evidente alteración del estado corporal de la mujer, con consecuencias importantes para sus estados mentales. La consideración más importante de la autonomía reproductiva de la mujer es, sin embargo, su dignidad personal. Un embarazo no consentido pone a la mujer constreñida a tolerarlo en la condición de ser usada como medio para favorecer a otro. Es por esta razón que el deber de tolerar el embarazo excede con mucho el deber de abstenerse de matar a otro.

Además del conflicto necesario de intereses en todo caso de embarazo no consentido, eventualmente un embarazo puede afectar de modo más intenso la autonomía de la mujer o incluso poner en peligro su salud o su vida. Tal es, en primer lugar, el caso del aborto terapéutico, en el que es diagnosticado como probable para un tiempo futuro un considerable peligro para la vida o la salud de la mujer. Lo mismo en los casos de embarazos provenientes de acciones idóneas para producir un efecto reproductivo que no fueron no consentidas. La misma pregunta se plantea en casos de embarazos de embriones o fetos que evidencian patologías tales que lo hacen inviable. Finalmente, la cuestión se puede plantear también en casos de embarazos que por distintas razones circunstanciales puedan colocar a la mujer en una grave situación de precariedad socioeconómica. En todos estos casos, la pregunta consiste en si es exigible o no a la mujer un sacrificio de sus intereses personales que excede del umbral básico de afectación que todo embarazo trae consigo<sup>48</sup>.

Este es el rango de cuestiones en las cuales legislador goza de una prerrogativa de decisión para establecer normas que prohíban y que autoricen la eliminación de un embrión o feto. Como se ha visto en la sección anterior, los adherentes al voto de mayoría de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución parecían suponer que dentro de este rango el legislador podía decidir discrecionalmente. Por tal razón, la pregunta por la auto-

<sup>48</sup> Obsérvese que dentro de estos casos no se encuentra incluido aquél en que el embarazo implica un peligro actual o inminente para la vida o de grave daño para la salud de la mujer, y la muerte del feto es el medio necesario para apartar ese peligro. Este no es un caso de aborto terapéutico, en el sentido de una situación de inexibilidad bajo el principio de la exigibilidad diferenciada. Este es un caso de auténtico estado de necesidad defensivo, en un supuesto de ausencia de agresión por ausencia de acción. Aquí se dan todos los requisitos que justifican la acción conforme a la institución general del estado de necesidad defensivo. Por tal razón, no puede negarse la justificación de este caso de aborto. Si por regla general ningún ser humano tiene que tolerar el peligro letal que proviene de otro, aunque este último sea inocente, entonces no cabe imponer a la mujer embarazada el deber de tolerar ese peligro. Sostener lo contrario sería incurrir en una discriminación arbitraria en perjuicio de la mujer.

rización de la eliminación del embrión o feto sólo podía encontrar respuesta en la legislación. Esa asunción es, al menos en parte, manifiestamente errónea.

En primer lugar, la existencia de un imperativo de protección de la vida del *nasciturus* representa un estándar de control de la constitucionalidad de la decisión legislativa acerca de la autorización de acciones que ocasionen la muerte de seres humanos no nacidos. En tal carácter, el orden constitucional debe proveer algún punto de apoyo para delimitar las autorizaciones legislativas conformes a la Constitución de las autorizaciones legislativas contrarias a la Constitución.

En segundo lugar, si las excepciones a la prohibición de matar se caracterizan por la colisión de intereses, cuando los intereses de protección cuya defensa requiere la muerte del *nasciturus* tienen rango constitucional, se trata de un conflicto de normas constitucionales. En la propia Constitución debe encontrarse, por lo tanto, el criterio para la solución de esos conflictos. La lógica de la ponderación del estado de necesidad corresponde en sus rasgos generales a la lógica de la ponderación en los conflictos de intereses de relevancia constitucional.

El conflicto de intereses, entre, por una parte, la protección de la vida del embrión preimplantacional y, por la otra, la afectación de los intereses personalísimos de la mujer que no desea el embarazo, es el problema que plantea el caso de los anticonceptivos de emergencia con eventual resultado impeditivo de la anidación. No se trata de decidir, como falazmente lo plantea la Corte Suprema, si el embrión preimplantacional es o no persona<sup>49</sup>. De lo que se trata es de decir cuáles son los costos que legítimamente puede imponerse a otro para conservar su vida.

Mientras no sea incorporada la dimensión de los intereses de la mujer afectados por el embarazo no consentido en un juicio de ponderación de intereses, la jurisprudencia estará por debajo de los desafíos que la propia Constitución le exige enfrentar.

#### 4. Problemas adicionales

En el debate público y jurídico concerniente a los anticonceptivos de emergencia es usual hacer referencia a dos marcos regulativos adicionales a la Constitución. Por una parte, se invoca la Convención Americana de Derechos Humanos para apoyar la calidad de persona del *nasciturus*. Por

---

<sup>49</sup> O, en los términos de la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago, si el embrión preimplantacional es o no un ser “que está por nacer” (considerandos 43° a 45° y 52°).

otra parte, se sostiene que la acción de impedir la anidación del embrión es constitutiva de aborto, en el sentido del Código Penal. Ambas aseveraciones son incorrectas.

a) *La Convención Americana de Derechos Humanos*<sup>50</sup>

La Corte Suprema cita al artículo 4 N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) como fundamento de su decisión (considerando 20°)<sup>51</sup>. Este precepto es del siguiente tenor:

Art. 4°. *Derecho a la vida*. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En el contexto del debate en torno al estatus de la vida del *nasciturus* en el derecho suprallegal la cita de esta disposición tiene por finalidad demostrar la titularidad del derecho a la vida por parte del *nasciturus*. Pero la verdad es que el sentido de la disposición es precisamente el opuesto. La frase “y en general, a partir del momento de la concepción” es un complemento al deber de protección derivado del reconocimiento del derecho a la vida, cuyo alcance es menos estricto.

La expresión “en general” fue introducida en el texto del proyecto original —que no la contemplaba, a sugerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La razón de la Comisión consistió en la necesidad de conciliar las divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos estatales en relación con la protección legal del *nasciturus*<sup>52</sup>. La propuesta de la Comisión fue mantenida por la Conferencia Especializada de 1969, a pesar de haber sido objeto de crítica y existir propuestas de modificación, tanto para intensificar la protección del *nasciturus* como para excluirla del todo. Así pues, a la luz de sus antecedentes históricos, es claro que la disposición de la Convención Interamericana, lejos de ser una

<sup>50</sup> Para la redacción de esta sección me he basado en el Capítulo II de la obra de Medina, Cecilia: “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial”, en publicación por Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos. Cumpro aquí con agradecer a la autora la gentil autorización para su uso.

<sup>51</sup> El 20° Juzgado Civil de Santiago también lo invoca como norma aplicable al caso (considerando 40°).

<sup>52</sup> CIDH: “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos” [1968], 1973, p. 320 (según Cecilia Medina, *supra*, nota 50).



regla que consolide el estatus del *nasciturus* como titular del derecho a la vida, tiene el carácter de un deber de protección menos categórico que el derivado del derecho a la vida.

A diferencia de lo sucedido en la jurisprudencia chilena, que hasta el momento ha desconocido el sentido del inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol., en el sistema interamericano de derechos humanos se ha producido el reconocimiento institucional del auténtico sentido y alcance del precepto en cuestión.

En el caso *Baby Boy*, promovido por una persona jurídica norteamericana bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el peticionario sostuvo que el Art. I de la Declaración, que establece “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”, debía ser entendido en el sentido del Art. 4.1 de la Convención, por lo que la autorización del aborto por el derecho interno de un Estado sería contraria al derecho interamericano de los derechos humanos. La Comisión Interamericana examinó la historia fidedigna del establecimiento del Art. I de la Declaración, constatando que en su génesis se había propuesto y desechado una mención al *nasciturus*, precisamente para no prejuzgar el estatus de las normas de derecho interno que autorizaban el aborto. Asimismo, la Comisión negó que el Art. 4.1 tuviera el alcance atribuido por el peticionario, sosteniendo, por el contrario, que la expresión “en general” producía el efecto de hacer compatible con la Convención las normas de derecho interno que autoricen el aborto<sup>53</sup>.

La idea de que el derecho internacional de los derechos humanos es proclive al reconocimiento de un deber absoluto de protección de la vida del *nasciturus*, oponible en todo caso a la mujer que no consiente en el embarazo, es falsa. En el derecho internacional de los derechos humanos la tesis dominante es precisamente la inversa: una prohibición absoluta de eliminar al *nasciturus* sería incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, por representar una afectación intolerable de los derechos de la mujer. Esto se encuentra fuera de discusión en el derecho europeo de los derechos humanos<sup>54</sup>. En el contexto del sistema internacio-

<sup>53</sup> CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos): Caso *Baby Boy c. Estados Unidos*, N° 2141, en Informe N° 23/81 de 06 de marzo de 1981, pp. 187-209, párr. 2 y 25 (según Cecilia Medina, *supra*, nota 50).

<sup>54</sup> Así, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Brügge-mann and Scheuten v. The Federal Republic of Germany*, N° 6959/75, en el cual fue validada la decisión *pro nasciturus* del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pero reconociéndose que el Art. 8° de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950), que garantiza el derecho a la vida privada, impone límites a la protección del *nasciturus* mediante la prohibición del aborto. Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha validado esta decisión en *Vo v. France*, *supra*, nota 26, considerando 76.

nal de los derechos humanos, el Estado de Chile ha recibido observaciones críticas de organismos internacionales por mantener, en el nivel legal, una prohibición absoluta del aborto<sup>55</sup>.

Así pues, la consideración del derecho internacional de los derechos humanos confirma la corrección de la interpretación de la Constitución de 1980 sostenida en la sección anterior: el principio constitucional legítimo es el de la exigibilidad diferenciada de la prohibición de atentar contra el *nasciturus*.

#### b) *El Código Penal*

La protección del interés que tienen los seres humanos en su supervivencia a través del derecho penal tiene como rasgo característico el hecho de que se efectúa mediante la distinción de diferentes niveles. Así, un primer nivel de protección es el que corresponde a la regulación del delito de homicidio y sus diversas variantes. El segundo nivel de protección corresponde a la regulación del delito de aborto en sus distintas hipótesis. Finalmente, la legislación especial sobre reproducción asistida ha originado un tercer nivel de protección para el embrión preimplantacional. En el derecho chileno vigente hasta el momento sólo existen, en el plano de la legislación penal, el primer y segundo nivel de protección.

El Código Penal regula el delito de aborto en sus artículos 342 a 345. La fórmula legal describe el núcleo de la acción típica como “causar un aborto” (y en el caso de la mujer, además, “consentir en que otra persona cause (su) aborto”). La interpretación de estas disposiciones debe fijar dos momentos: (a) hasta qué momento del desarrollo del ser humano es aplicable la regulación del aborto, en relación con la aplicabilidad de la regulación del homicidio, y (b) a partir de qué momento es aplicable la regulación del aborto. Este segundo problema es el que corresponde analizar aquí.

A este respecto, la postura dominante en el derecho y la doctrina comparados es la de considerar la consolidación de la anidación del em-

<sup>55</sup> “El Comité se encuentra preocupado por el inadecuado reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres en Chile. El Comité se encuentra especialmente preocupado por las leyes que prohíben y sancionan toda forma de aborto. (...) El Comité recomienda que el Gobierno considere la revisión de las leyes relativas al aborto, con el propósito de su reforma, en particular para ofrecer un aborto seguro y permitir la interrupción del embarazo por razones terapéuticas o en razón de la salud de la mujer, incluyendo su salud mental” (*Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer*, presentado en las sesiones 20ª, 19 de enero-5 de febrero de 1999, y 21ª, 7-25 de junio de 1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/54/38/Rev.1, párrafos 228 y 229; traducción personal del original en inglés).

brión en el endometrio de la mujer como el hito que marca el inicio de este nivel de protección penal, fenómeno que se produce aproximadamente entre el día séptimo y el día decimotercero posteriores a la fecundación del óvulo por el espermio, siempre y cuando el embrión se encuentre dentro del útero.

El dato empírico de la anidación y su relevancia para el desarrollo de la vida del embrión no es algo que se discuta. La cuestión que requiere fundamentación es el por qué se dispensa protección penal a la vida humana anidada, y no en el tiempo que media entre la concepción y la anidación. En la doctrina comparada se manejan cuatro órdenes de fundamentos. Tres de ellos son de carácter general, es decir, aplicables como consideración de merecimiento de protección en todas las ramas del derecho. Los otros dos son específicamente penales, es decir, responden a las peculiaridades de la configuración del delito de aborto.

El primer fundamento de carácter general tiene la forma de un argumento ontológico. Por las razones dadas arriba, a propósito del argumento de la Corte Suprema para atribuir al embrión preimplantacional el estatus de persona, se considera que no puede estimársele como idéntico en merecimiento de protección al embrión o feto ya anidado. Sin la anidación no puede emerger el programa de desarrollo embrionario, y sin constitución del programa de desarrollo no puede reconocerse en ese organismo ni siquiera la condición de individuo, en el sentido específicamente biológico que presupone la calificación moral de persona.

El segundo fundamento de carácter general también se refiere a una diferencia de valoración. La razón del merecimiento de protección de la vida humana es su consideración como un interés. Que la vida sea un bien jurídico-penal significa que constituye un presupuesto del libre desarrollo de la personalidad. Lo que se protege, pues, es el interés de la persona en su supervivencia. La vida del embrión se protege en función de ese interés futuro, como interés potencial. La afirmación de ese interés potencial requiere la constatación de alguna viabilidad en relación con el desarrollo del embrión. Esa viabilidad exige como mínimo su anidación en el endometrio.

El tercer fundamento de carácter general descansa en una consideración relativa al juicio de ponderación de intereses, en relación con la autonomía reproductiva de la mujer. Antes de la anidación no se ha producido el hecho natural que vincula el cuerpo del embrión al cuerpo de la mujer. La existencia de la norma que sanciona el aborto consentido por la mujer implica la exigibilidad para la mujer de un deber de tolerar esa vinculación. Aplicar el mismo criterio a la situación previa a la anidación implicaría una intensificación de la exigibilidad a la mujer: ya no se exigiría el deber de

tolerar el hecho acaecido, sino además un deber de tolerar la posibilidad de ese hecho. Esa intensificación exige una declaración legislativa explícita y no puede ser legítimamente producida por el intérprete.

En lo que respecta ahora a los fundamentos específicamente penales, el primero consiste en un argumento hermenéutico, por lo que descansa en última instancia en el principio de la legalidad. Este argumento se basa en la constatación de que la regulación del aborto presupone un embarazo. Puesto que el estado de embarazo supone la existencia de una relación estable de simbiosis del cuerpo de la mujer y el cuerpo del embrión o feto, y puesto que esta relación se produce con la consolidación de la anidación del embrión en el endometrio de la mujer, se concluye que la anidación constituye un presupuesto del delito de aborto, tal como se encuentra legalmente configurado.

El segundo fundamento específicamente penal consiste en un conjunto de consideraciones de política criminal. Estas consideraciones se basan en las condiciones en que se encuentra el embrión *in vivo* antes de la anidación y en la incertidumbre que ello acarrea en relación con su existencia y la constatación de su eliminación. Aún si no se hicieran diferencias en cuanto al estatus de un embrión preimplantacional y un embrión anidado, subsiste sin embargo el problema de la imposibilidad práctica de constatar el atentado en su contra.

Antes de su anidación en el endometrio, la existencia *in vivo* del embrión preimplantacional no puede comprobarse con los métodos de uso extendido. Además, debido a su inestabilidad no puede realizarse el juicio de imputación objetiva de su destrucción a la acción deliberadamente encaminada a expulsarlo. Frente a semejante imposibilidad práctica, cualquier ejercicio de la acción penal se encontraría con tales dificultades de prueba, que de modo inevitable terminaría en una absolución o a lo más en la afirmación de una tentativa inidónea, por la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Desplegar los medios brutales del procedimiento penal, con la masiva intromisión y ruptura del ámbito de la vida privada que ello conlleva, a sabiendas que el resultado será muy probablemente una sentencia absoluta, constituye una infracción manifiesta de la prohibición de exceso que se deduce del principio de proporcionalidad. Como lo señala Claus Roxin, “[p]retender que el Ministerio fiscal y la policía (!) investiguen después esos procesos íntimos de modo tan martirizante como infructuoso sería un entrometimiento humillante, a favor del cual es imposible que esté ninguna persona que reflexione”<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Roxin, Claus: “La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo”, 1976, p. 74.

Estas razones de política criminal fueron las que consolidaron en la doctrina alemana el criterio de la anidación como cisura del segundo nivel de protección penal de la vida, correspondiente al delito de aborto, hasta producir un nivel de consenso tal que este criterio recibió consagración legal positiva. En la 15ª Ley de Modificación del Código Penal alemán, de 18 de mayo de 1976, surgida con ocasión de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, se contemplaba una regla especial de definición, conforme a lo cual no constituye interrupción del embarazo cualquier actuación previa a la anidación (antiguo § 219-d). Hoy en día, la regla forma parte de la configuración del supuesto de hecho del aborto<sup>57</sup>.

En el Código Penal español no existe regla semejante, pero la doctrina coincide en considerar la anidación como cisura de este nivel de protección de la vida<sup>58</sup>.

No puede decirse lo mismo de la doctrina chilena. En general, ésta considera que la protección del *nasciturus* dispensada por el Código Penal chileno presupone que el embrión o feto se encuentre dentro del cuerpo de la mujer, y por esta razón niega que el Código contemple regulación protectora del *nasciturus* que tenga localización extracorporal, en virtud de la aplicación de una técnica de fecundación asistida<sup>59</sup>. Además, un sector de la doctrina sostiene que cuando el producto de la concepción se encuentra dentro del cuerpo de la mujer, éste se halla protegido por el Código desde la concepción<sup>60</sup>. Esta postura se basa en fundamentos insuficientes. Los autores que la sostienen pretenden que esta tesis se deduce de la identifica-

<sup>57</sup> “§. 218. *Interrupción del embarazo*. (1) El que interrumpa un embarazo, será penado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa respectiva. Las acciones cuyo efecto se produzca antes del término de la anidación del óvulo fecundado en el útero no cuentan como interrupción del embarazo en el sentido de esta ley.” Redacción conforme a la Ley de Conflictos del Embarazo de 21 de agosto de 1995 (vigencia: 1º de octubre de 1995). Para una perspectiva general de la discusión doctrinaria antes de la introducción de la definición legal, véase Maurach, Reinhart: *Deutsches Strafrecht-Besonderer Teil*, 1969, pp. 55-57.

<sup>58</sup> Por todos, Romeo Casabona, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, 1994, pp. 285-288.

<sup>59</sup> Por todos, Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, 3ª ed., 1998, Tomo III, pp. 94-95.

<sup>60</sup> Del Río, Raimundo: *Derecho Penal*, 1935, pp. 279-282; Schepeler Raveau, Manuel: *El Delito de Aborto*, 1967, p. 37; Novoa Aldunate, Eduardo: *El Comienzo de la Existencia Humana y su Protección Jurídica*, 1969, pp. 63-69; Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, 3ª ed., 1998, Tomo III, p. 90. Los autores citan en apoyo de su tesis el siguiente pasaje, extraído de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal: “(...) desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hai en él el germen de un hombre i el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito” (Sesión 159, 24 de junio de 1873). El antecedente no obsta a lo sostenido arriba. La Comisión formuló esa aseveración para rechazar la distinción entre feto animado y feto inanimado, que corresponde a un estadio de desarrollo embrionario posterior a la anidación.

ción de la vida del *nasciturus* como objeto de protección, junto con los “avances científicos” en torno a la identificación del momento de constitución de la nueva vida humana. El razonamiento consiste en sostener que si abortar es dar muerte a la vida humana dependiente, entonces es aborto todo ataque letal a esa vida, desde el comienzo de su existencia.

Dejando de lado la cuestión ontológica de si el individuo humano existe desde la constitución o la expresión del código genético, o de si el programa de desarrollo embrionario es exhaustivamente genético o también complementado epigenéticamente, es claro que ninguno de los autores que sostienen esta tesis plantea la cuestión a la luz de las restricciones específicas que se derivan de la tipificación legal del aborto, la condición de *ultima ratio* del derecho penal y la estructura de la norma de comportamiento que subyace al tipo de aborto como delito de resultado. Una vez que se toman en consideración estas restricciones, es evidente que la eliminación de un embrión preimplantacional *in vivo* no queda comprendida dentro de la expresión legal “causar un aborto”.

Es manifiesto que el Código Penal chileno presupone el estado de embarazo de una mujer, como condición de la tipicidad de un ataque al *nasciturus*. Así lo demuestra el hecho de que el aborto cometido por un tercero tenga que serlo con o sin el consentimiento de la *mujer embarazada* (Art. 342), o bien realizado con violencias en la persona de la *mujer embarazada* (Art. 343). Del mismo modo, la mujer es la que causa *su* aborto, o consiente en que otro *se lo* cause. (Art. 344 inciso primero). Si este es un presupuesto de la tipicidad de la acción, debe corresponder a un estado de cosas susceptible de acreditación. Ese estado de cosas sólo puede ser la relación de simbiosis entre embrión feto y mujer embarazada, establecida en el nivel de los tejidos celulares de ambos organismos. O sea, la anidación consolidada.

Por otra parte, todos los argumentos de política criminal que dominaron la doctrina alemana son aplicables al derecho chileno, incluso con más fuerza. Pues en Chile la punibilidad de la tentativa inidónea goza de menos reconocimiento institucional que el que gozaba en Alemania a la época en que se produjo esta discusión. No tiene sentido considerar como punible la producción de un estado de cosas (la muerte de un embrión no anidado por su expulsión del cuerpo femenino) a sabiendas de la imposibilidad práctica de acreditar ese resultado y/o su imputación objetiva a la acción de la mujer o un tercero, y de la muy probable impunidad de esa acción por tal razón.

Por todas estas razones se debe compartir la postura de quienes sostienen en la doctrina nacional que la anidación es la cisura que da lugar

al segundo nivel de protección penal de la vida humana en el derecho chileno<sup>61</sup>.

Las consecuencias para la práctica médica de este criterio de demarcación de la cisura del segundo nivel de protección de la vida son de la mayor importancia.

En primer lugar, que los casos de remoción de embriones anidados ectópicamente (es decir, en las trompas de Falopio, el peritoneo o el cuello del útero) no realizan el tipo del delito de aborto. La anidación fuera del endometrio no constituye embarazo, en el sentido del Código Penal. Por tal razón, su remoción no es constitutiva de aborto, y, contando con el consentimiento de la mujer, puede ser practicada sin necesidad de la concurrencia de una especial causa de justificación.

En segundo lugar, que el uso de medios de control de natalidad que puedan producir un efecto impeditivo de la anidación en el endometrio tampoco es constitutivo de aborto. Cualquiera que sea su estatus a la luz de la Constitución, es claro que no se trata de medios ilegales a la luz del Código Penal. El efecto imputado al Levonorgestrel no puede ser calificado de “abortivo” bajo la ley chilena.

## 5. El estatus constitucional de los anticonceptivos de emergencia

La Constitución no protege la vida humana. Lo que la Constitución protege es el derecho a la vida, que ella reconoce a todas las personas. El concepto de persona no es científico; es un concepto moral. La condición de persona es normativa, no descriptiva. Una persona es un agente capaz de establecer con otro una relación interpersonal tal que ambos puedan justificadamente mantener expectativas normativas recíprocas. La persona es un *alter* en la comunicación, un interlocutor idóneo respecto de pretensiones de validez, en este caso, pretensiones de rectitud (también “corrección”). La condición de persona es un paradigma de la comunicación normativa.

Para el discurso de la filosofía premoderna lo anterior se expresa en la consideración de la posesión de alma racional como característica definitoria de la persona. Los seres humanos poseen alma racional y por eso son

---

<sup>61</sup> Así lo afirman, aunque dubitativamente, Politoff, Grisolia, Bustos: *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª ed., 1993, pp. 142-143; decididamente, Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte Especial*, 1999, Tomo III, pp. 98-99. La consideración de la anidación como cisura inicial de la regulación del aborto es también defendida por el Profesor Sergio Yáñez Pérez desde su Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

personas. Lo que caracteriza la extensión de esta condición al embrión preimplantacional en el contexto de este discurso es el especismo, es decir, la tesis de que la dignidad moral corresponde a la especie. La condición de persona se detenta en virtud de la pertenencia a la especie cuyos miembros poseen, en plenitud de sus facultades, el conocimiento racional, teórico y práctico.

En el marco de un Estado secular de Derecho, es decir, de un Estado de Derecho que garantiza el pluralismo religioso, ético e ideológico, y configura el orden coactivo como un orden que hace posible la coexistencia pacífica de la diversidad de concepciones del bien, la noción moral primaria no puede ser la especie, sino el individuo. Son los seres individualmente considerados como agentes capaces de comunicación normativa los primariamente iguales en dignidad y derechos. El reconocimiento recíproco tiene lugar en el plano de la representación ideal de la persona, a la que corresponden los seres humanos con competencias pragmáticas desarrolladas. Para extender la consideración de persona —el estatus normativo y sus consecuencias prácticas— a seres humanos que carecen actualmente de esas competencias pragmáticas se requieren justificaciones normativas. La Constitución y el Código Civil chilenos ordenan indiscutiblemente la extensión de esa condición a los seres humanos a partir del nacimiento.

La extensión de esa calidad a seres humanos no nacidos tiene una sola justificación normativa posible en un Estado secular de derecho: la igualdad. El especismo —se sostiene— es un criterio que por su objetividad garantiza la no discriminación en el reconocimiento del estatus de persona. No tiene sentido plantear aquí una objeción a esta interpretación normativa de la tesis especista<sup>62</sup>. Basta con hacer ver que la misma sensibilidad igualitaria demostrada hacia el embrión o feto, si es aplicada a la mujer embarazada, permite plantear el problema en términos razonables.

<sup>62</sup> En lo esencial, el especismo debe su plausibilidad al sustancialismo, es decir, a la idea de que existe una identidad sustancial del ser, presente por igual a lo largo de todo su proceso de desarrollo y cambio. Esa identidad se encuentra en la forma, presente en el ser cambiante como potencia activa, es decir como principio activo del desarrollo y cambio del ser. La versión premoderna de la forma es la noción de alma. La versión paralela, en el plano de la embriología, ha sido el paradigma genético. Su crisis, debida al paradigma epigenético, demuestra que la disyunción entre potencia activa (principio interno del cambio) y potencia pasiva (principio externo) es insuficiente. El proceso de emergencia del programa de desarrollo, conforme al paradigma epigenético, demuestra que el embrión no tiene la potencia activa de su desarrollo futuro, pero que tampoco se encuentra en estado de potencia pasiva. En relación con esta disyunción categorial, metafísicamente considerada, la disposición de la célula germinal humana corresponde a una condición *sui generis* de la materia. Al respecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio: "El Estatuto del Embrión Preimplantacional: Observaciones desde el Punto de Vista Jurídico", 2002, pp. 161-193.



Antes de su nacimiento, los seres humanos se encuentran en una situación existencial sin parangón respecto de los seres humanos nacidos: su supervivencia sólo es posible a través de una relación de simbiosis con otro organismo, el de una mujer. Esa relación de simbiosis es el embarazo. La afirmación de la prohibición de matar a un ser humano no nacido implica, en consecuencia, la afirmación de un deber de tolerar el embarazo, cuyos destinatarios sólo pueden ser las mujeres. El reconocimiento a un ser humano no nacido del derecho a la vida implica, por lo tanto, la imposición de un deber a una mujer, que excede por completo el margen de los deberes para hombres y mujeres que van asociados a la prohibición de matar. La protección de la vida del *nasciturus* se hace a costa del sacrificio de los intereses personalísimos de la mujer.

La extensión del derecho a la vida al *nasciturus* implica la imposición de una carga personal exclusivamente a individuos del género femenino. Esta es una carga que no tiene parangón en las obligaciones que rigen a los seres humanos nacidos en sus relaciones recíprocas.

Es evidente que un niño nacido tiene derecho a la vida. Es evidente que la mujer que lo procreó tiene deberes de conservación de esa vida, en interés de la supervivencia del propio niño. Eso nadie lo discute. Pero ninguna mujer puede ser obligada a ceder un órgano a su hijo para salvarle la vida. Ninguna mujer puede ser obligada tampoco a tolerar la invasión grave de su cuerpo, como por ejemplo su conexión por nueve meses a un aparato de diálisis, para salvar la vida de su hijo. El derecho a la vida del niño no justifica la afectación de la autonomía personal de la mujer. La razón de ello se encuentra en que el interés de autonomía de la mujer es expresión de su dignidad personal. Someter a la mujer a una intervención sobre su cuerpo, para salvar a otro, es usarla como medio. Es denigrar su condición de persona, rebajándola a cosa.

En el contexto de la reproducción médicamente asistida, es un principio básico que el consentimiento dado por la mujer para aceptar la transferencia de los embriones a su cuerpo es esencialmente revocable. Esto no es más que la aplicación, al caso de la transferencia de embriones, del principio básico de la revocabilidad del consentimiento en la afectación de la incolumidad corporal. Este principio inspira la regulación sobre trasplantes de órganos<sup>63</sup> y en general la práctica de las intervenciones terapéuticas<sup>64</sup>, dentro de las cuales se incluye la asistencia médica a la

---

<sup>63</sup> “El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la extracción. (...) La revocación no generará responsabilidad de ninguna especie” (Art. 6º inciso cuarto, Ley 19.451).

<sup>64</sup> Así, el Art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos para la Biomedicina (Convención de Oviedo, de 1997). Así también los Arts. I.9, II.4, II.5 y III.2 de la Declaración de Helsinki-Tokio sobre investigación biomédica. El reconocimiento de la autonomía del

reproducción. Obsérvese que en este caso se trata de un embrión que ha sido concebido deliberadamente para su transferencia al cuerpo de la mujer, todo ello con el consentimiento previo de la mujer. Aun así, la mujer no está obligada a tolerar su transferencia. Frente a un intento de transferencia no consentida, ella puede ejercer legítima defensa de su derecho a la incolumidad corporal, lo mismo que un tercero en su favor.

El derecho chileno vigente introduce una diferencia en el trato de la mujer embarazada. Una vez anidado el embrión, ella sí está obligada a tolerar la presencia de ese organismo dentro de su cuerpo: le está prohibido causar un aborto o consentir en que otro se lo cause. Como se ha visto, la Constitución entiende que esa prohibición es un modo legítimo en que el legislador da cumplimiento al mandato que ella establece en orden a proteger la vida del *nasciturus*. La Constitución indirectamente valida esa prohibición. Esa es una resolución anómala del conflicto entre el interés de un ser humano en su supervivencia y el interés de autonomía de otra persona. En este caso, se acepta la legitimidad de la supervivencia de uno a costa de la autonomía de otro.

En mayor o menor medida, todos los sistemas jurídicos occidentales hacen esta diferencia, a favor de la protección de la vida del *nasciturus*. Sin embargo, los sistemas jurídicos han reconocido asimismo que el respeto por la autonomía de la mujer —basada en la misma preocupación por la evitación de discriminación que supuestamente inspira la protección del *nasciturus*— exige la introducción de moderaciones o restricciones a la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. Este es el núcleo del principio de la exigibilidad diferenciada: el deber de tolerar el embarazo no puede exigirse en términos equivalentes al deber genérico de abstenerse de matar a otro.

Cuál sea la medida razonable de la exigibilidad del deber de tolerar un embarazo, ésta es una cuestión propia de la política jurídica. Lo que la interpretación de la Constitución debe precisar son los límites mínimo y máximo del margen de exigibilidad de ese deber. En relación con el límite máximo de exigibilidad, dos son los principios básicos:

(a) la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo tiene lugar en el rango de carga que un embarazo impone a la mujer en términos estándares;

---

paciente como condición de legitimación del tratamiento terapéutico se ha visto obstaculizado en Chile por la errada jurisprudencia recaída en recursos de protección interpuestos en contra de huelguistas de hambre y personas que por razones religiosas rechazan la transfusión sanguínea. El origen de esta jurisprudencia vergonzosa se encuentra en el caso *Rozas Vial y otros contra Párroco de San Roque*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI (1983), 2ª Parte, Sección 5ª, p. 161 y ss.

el sobrepasamiento de ese umbral estándar de carga origina la necesidad de revisar la legitimidad de la exigencia del deber de tolerar ese embarazo anómalo;

(b) la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo tiene lugar respecto de un embarazo actual, es decir, no de una posibilidad o riesgo de embarazo; el reconocimiento del derecho a hacer uso de medios de control reproductivo es una condición de legitimidad del deber de tolerar el embarazo.

El primer principio justifica el reconocimiento de casos excepcionales de inexigibilidad del deber de tolerar el embarazo, es decir, de causas de justificación del aborto. Este es el ámbito de las así denominadas “indicaciones” (terapéutica, embriopática, criminológica y socioeconómica).

El segundo principio justifica el reconocimiento de un ámbito en que la autonomía reproductiva de la mujer tiene preponderancia irrestricta respecto de cualquier otro interés. Este es el caso del uso de los anticonceptivos de emergencia.

El uso del Levonorgestrel tiene por objetivo impedir el embarazo, primariamente mediante el impedimento de la concepción, y quizás secundariamente mediante el impedimento de la anidación. En eso no se diferencia de otros métodos de aseguramiento de la autonomía reproductiva de la mujer, cuyo posible efecto impeditivo de la anidación no puede descartarse, como los dispositivos intrauterinos.

Respecto de la mujer que impide la anidación no hay reproche constitucional oponible. Ella ejerce legítimamente sus derechos fundamentales frente a una situación de peligro, eliminando la fuente de peligro. Ella actúa conforme a los estándares de ponderación del estado de necesidad defensivo. Su acción es legítima ante el derecho constitucional. El deber de tolerar un embarazo actual no incluye el deber de tolerar el riesgo de un eventual embarazo.

Antes de la anidación la situación de la mujer frente al embrión preimplantacional en ningún caso puede ser considerada como peor para sus intereses que la situación de cualquier mujer respecto de la vida de un hijo suyo nacido, o que la de cualquier mujer respecto de un embrión fertilizado *in vitro*. La condición de progenitora no impone a la mujer el deber de tolerar el uso de su cuerpo para fines terapéuticos a favor del embrión o del hijo. No lo impone respecto del nacido, menos aún del no anidado.

Así pues, el reconocimiento a la mujer del derecho a consumir anticonceptivos de emergencia, así como de usar dispositivos intrauterinos no se justifica, en relación con el aborto, por consideraciones exclusiva-

mente estratégicas. No se trata, pues, simplemente de que el uso de estos medios permite evitar la posterior interrupción de embarazos. De lo que se trata es de una consideración de justicia. Sólo si se permite el acceso a estos medios de control reproductivo resulta legítima la prohibición del aborto.

## 6. Resumen

Resumo mi posición en las siguientes siete tesis:

1) Si los anticonceptivos de emergencia no producen un efecto impositivo de la anidación, es claro que no hay obstáculo constitucional alguno que invocar en contra del acto administrativo que autorizó su comercialización y uso: el uso de métodos puramente anticonceptivos es ejercicio de derechos reproductivos de la mujer que no entra en conflicto con norma constitucional alguna.

2) Aun si los anticonceptivos de emergencia produjesen un efecto impositivo de la anidación, un recurso de protección interpuesto en contra del acto administrativo que autorizó su comercialización y uso es improcedente por ausencia de un afectado concretamente individualizable<sup>65</sup>.

3) Aun si se estima procedente el recurso de protección, éste debe ser en definitiva desechado, porque el que está por nacer no es persona y por lo tanto no es titular del derecho subjetivo público a la vida.

4) Aun si se estima que el que está por nacer es en general persona y por lo tanto titular del derecho subjetivo público a la vida, el recurso debe ser desechado, porque un embrión preimplantacional no puede ser equiparado a un embrión anidado en su estatus de persona.

5) Aun si se estima que un embrión preimplantacional es plenamente equiparable a un embrión implantado en su estatus de persona, el recurso debe ser desechado, porque los intereses personalísimos de autonomía de la mujer embarazada prevalecen sobre el interés en la supervivencia.

6) La Convención Americana de Derechos Humanos no obsta a lo sostenido en las tesis anteriores. Por el contrario, lo confirma.

7) La acción de impedir la anidación de un embrión en el endometrio de una mujer no es constitutiva de aborto, en el sentido de las normas del Código Penal chileno.

---

<sup>65</sup> Lo mismo cabe decir de la acción de nulidad de derecho público ejercitada para impugnar la validez de dicho acto administrativo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Bedate, Carlos: "El Valor Ontológico del Embrión Humano". En Juan Pablo Beca Infante (ed.), *El Embrión Humano*. Santiago: Editorial Mediterráneo, 2002.
- Baldó Lavilla, Francisco: *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1994.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "El Estatuto del Embrión Preimplantacional: Observaciones desde el Punto de Vista Jurídico". En Juan Pablo Beca Infante (ed.), *El Embrión Humano*. Santiago: Editorial Mediterráneo, 2002.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Límites a la Prohibición y Autorización Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado". En *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo I, Santiago, 2001.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". En varios autores (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001), *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2003.
- Comisión Redactora del Código Penal, *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*. Santiago: Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873.
- Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (CENC): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. Santiago: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos". En *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1973.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Caso *Baby Boy c. Estados Unidos*, No. 2141. Informe No. 23/81 de 06 de marzo de 1981. En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de 1980-1981*.
- Comisión Europea de Derechos Humanos: Caso *Brüggemann and Scheuten v. The Federal Republic of Germany*, Nº 6959/75.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer: "Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer". Presentado en las sesiones 20ª, 19 de enero-5 de febrero de 1999, y 21ª, 7-25 de junio de 1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A/54/38/Rev.1, párrafos 228 y 229.
- Congregación de la Doctrina de la Fe: Declaración: *De Aborto Procurato*, 18 de noviembre de 1974.
- Congregación de la Doctrina de la Fe: Instrucción: *Donum Vitae*, 22 de febrero de 1987.
- Consejo de Estado: *Actas de las Sesiones del Consejo de Estado*. Santiago.
- Convención Europea de Derechos Humanos para la Biomedicina (Convención de Oviedo, de 1997). En Albin Eser (Ed.), *Biomedizin und Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Verlag Joseph Knecht, 1999.
- Corral Talciani, Hernán: "Comienzo de la Existencia y Personalidad del que Está por Nacer". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIII (1989-1990).
- Corral Talciani, Hernán: "El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17 (1990).
- Corral Talciani, Hernán: "Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 (1992).

- Corte de Apelaciones de Santiago: *Carabantes Cárcamo*: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago del 14 de noviembre de 1991. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, año 1991, 2ª parte, sección 5ª, pp. 131-153.
- Corte Europea de Derechos Humanos: *Vo v. France*, N° 53.924/00, de 8 de julio de 2004.
- Corte Suprema: *Rozas Vial y otros contra Párroco de San Roque* (1983). En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI (1983), 2ª Parte, Sección 5ª, Santiago.
- Corte Suprema: *Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros* 2001. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVIII, año 2001, 2ª parte, 5ª sección, pp. 199-208. [La sentencia se encuentra reproducida en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en *Estudios Públicos*, 95 (N. del E.).]
- Declaración de Helsinki-Tokyo sobre Investigación Biomédica. En Albin Eser (Ed.), *Biomedizin und Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Verlag Joseph Knecht, 1999.
- Del Río, Raimundo: *Derecho Penal*. Tomo III. Santiago: Editorial Nascimento, 1935.
- Etcheberry Orthustegui, Alfredo: *Derecho Penal*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1998.
- Evans de la Cuadra, Enrique: *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1999.
- Fiamma Olivares, Gustavo: “El Derecho a la Vida. Antecedentes en las Actas de la Comisión de Estudios Constitucionales”. En *Revista de Derecho Público* N° 27 (enero-junio 1980), Santiago.
- Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Isler Soto, Carlos: “En torno a la Personalidad del Embrión”. En *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XI, diciembre 2000. Valdivia.
- Juan Pablo II: Encíclica *Evangelium Vitae*. 25 de marzo de 1995.
- Lacadena, Juan Ramón: “Embriones Humanos y Cultivos de Tejidos”. En *Revista de Derecho y Genoma Humano* N° 12 (2000), Bilbao.
- Ley N° 19.451, de 29 de marzo de 1996, establece normas sobre trasplantes y donaciones de órganos. *Diario Oficial* de 10 de abril de 1996.
- Maurach, Reinhart: *Deutsches Strafrecht-Besonderer Teil*. Karlsruhe, 5ª ed., 1969.
- Medina, Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. A publicarse por el Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos.
- Otte, Lars: *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand* (El estado de necesidad defensivo originado por seres humanos). Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998.
- Politoff, Sergio, Francisco Grisolia y Juan Bustos: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1993.
- Precht Pizarro, Jorge E.: “Consideraciones Ético-Jurídicas sobre el Aborto Terapéutico”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 (1992).
- Novoa Aldunate, Eduardo: *El Comienzo de la Existencia Humana y su Protección Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books Inc., Publishers, 1974.
- Romeo Casabona, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994.
- Roxin, Claus: “La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo”. En Claus Roxin: *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1976.
- Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

- Rozas Vial, Fernando: "Problemas Jurídicos y Morales que Plantean la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (1989).
- Schepeler Raveau, Manuel: *El Delito de Aborto*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- Soto Kloss, Eduardo: "El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución". En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII- N° 3 (1991), sección 1ª.
- Tomas de Aquino: *Suma de Teología*, II-II. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.
- Ugarte Godoy, José Joaquín: "Comienzo de la Persona Humana. Aspectos Biológico, Filosófico y Jurídico". En *Cuadernos Jurídicos* N° 2, Universidad Central de Chile, Primeras Jornadas de Derecho Médico, Santiago, 2000.
- Varela Del Solar, Jorge Luis: "Derechos Humanos y Aborto". En *Revista de Derecho Público* N° 47-48 (1980), Santiago.
- Varios autores: *Ius Publicum* N° 7 (2001), pp. 67-186. Santiago.
- Verdugo Marinkovic, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª. ed., 1994.
- 20° Juzgado Civil de Santiago: *Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública y otros*, Rol N° 5839-02. Sentencia de 30 de junio de 2004. [Fallo reproducido en *dossier* "Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate", *Estudios Públicos*, 95 (N. del E.).]
- Zapata Larraín, Patricio: "Persona y Embrión Humano. Nuevos Problemas Legales y su Solución en el Derecho Chileno". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15 (1988). □