

La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno

ALBERTO BARRERA RODRÍGUEZ*

El Código Penal chileno sanciona el aborto consentido por la mujer embarazada, imponiendo a esa mujer una pena de presidio de tres años y un día a cinco años (artículo 344), y al tercero que lo causa una pena de presidio de quince años cuarenta y un día a tres años (artículo 342 Nº 3), a menos que sea un facultativo que interviene abusando de su oficio, caso en el cual recibe la misma pena que la mujer embarazada (artículo 345).

El Código Penal chileno nunca ha establecido disposiciones que describan situaciones explícitamente exceptuadas de las normas antedichas. Entre 1931 y 1989 el derecho chileno sí contempló una excepción, el así denominado aborto terapéutico, permitido por el artículo 226, posteriormente artículo 119, del Código Sanitario. La Ley 18.826, de 15 de Septiembre de 1989, eliminó esa excepción, disponiendo en su reemplazo que "[n]o podrá efectuarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Desde entonces, no existen disposiciones legales en el ordenamiento jurídico chileno que explícitamente permitan la práctica de un aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.

Un sector de la doctrina chilena, dominante en el ámbito del derecho constitucional, considera que la regulación legal actual expresa correctamente la consecuencia práctica que cabe deducir de la protección constitucional de la vida del *neógeno*. Conforme a esta posición, el *neógeno* sería titular del derecho constitucional a la vida en igualdad de condiciones que los seres humanos nacidos, y esa protección constitucional excluiría la procedencia de causas de justificación del aborto distintas de las causas de justificación del homicidio. Esta sería la función del artículo 119 del Código Sanitario.

Otro sector de la doctrina chilena, influyente en el ámbito del derecho penal, considera que puede justificarse el aborto consentido por la mujer embarazada como un caso de ejercicio legítimo de un derecho u oficio, en el sentido del artículo 10 Nº 10 del Código Penal. Esta posición estima que el artículo 119 del Código Sanitario no excluye la consideración de la legitimidad de una intervención terapéutica con efectos abortivos.

A primera vista ésta parecería ser una discusión llevada por vías paralelas, en la que ninguna de las posturas encontradas se hace cargo de los argumentos de la contraparte. En mi opinión, sin embargo, la auténtica razón de esta recíproca indiferencia se encuentra en el amplio grado de coincidencia entre ambas posturas en sus resultados, pese a la aparente incompatibilidad en sus premisas.

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

* Profesor de Derecho Penal y Teoría del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad de Chile.

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

En otras palabras, la doctrina pretendidamente favorable a la preponderancia de los intereses de la mujer embarazada en rigor no hace más que formular, como un reclamo progresista, aquello que no preocupa mayormente a la doctrina adversa a esos intereses. Así pues, más que de una discusión por vías paralelas se trata de una coincidencia ceciditaria.¹

El presente artículo pretende contribuir a la superación de este estado de cosas, proponiendo una interpretación de la Constitución que sirva de apoyo institucional al reconocimiento de causas de justificación del aborto consentido, al mismo tiempo que permita delimitar el ámbito de acción dejado a la política legislativa en esta materia.

Contra la tesis dominante en la doctrina penal, sostendré que el artículo 119 del Código Sanitario efectivamente pretende excluir la consideración de causas de justificación especiales para el aborto. Contra la tesis dominante en la doctrina constitucional, sostendré que esa pretensión es inconstitucional. Contra ambas tesis sostendré que el ámbito del aborto justificado conforme a la Constitución es considerablemente mayor que el erróneamente denominado "aborto terapéutico", esto es, el caso de peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada. Conforme a la tesis desarrollada en este artículo, la correcta interpretación de la Constitución exige reconocer más causas supratelégales de exclusión de la ilicitud del aborto consentido, imperativas para el legislador.

Para desarrollar esta tesis revisaré primero críticamente la doctrina relativa a la justificación de aborto consentido antes de 1989 (1). Luego describiré la génesis del actual Art. 119 del Código Sanitario (2). Seguidamente examinaré la doctrina que actualmente niega la procedencia de causas de justificación del aborto (3), así como la doctrina que admite su procedencia (4). Finalmente, expondré la interpretación de la Constitución que propongo (5), y desarrollaré las consecuencias normativas que de ella se deducen (6).

1. La licitud del aborto consentido antes de la Ley 18.826

a. La regulación legal previa al Código Sanitario (1875-1931)

La autorización del aborto terapéutico por el Código Sanitario en 1931 respondió a una consideración firmemente establecida en la doctrina y la práctica jurídica y médica chilenas. Ya en la discusión habida en el seno de la comisión redactora del Código Penal se manifestó la idea de que el aborto cometido por un médico podía ser lícito en ciertos casos. Al reconocimiento de esta afirmación correspondió el uso de la expresión "maliciosamente" por el texto legal. Siguiendo a su modelo español, el texto originario

¹ Existe si, una diferencia residual entre ambas posturas. Se trata de las restricciones subjetivas propias de la doctrina del doble efecto, exigidas por la postura contraria al aborto terapéutico. Curiosamente, la postura favorable al aborto terapéutico no se hace cargo de esta discrepancia.

sometido a consideración de la comisión utilizaba la expresión "de propósito" para referirse a la intencionalidad del autor (tercer) que causa el aborto". En la Sesión 160, en 25 de junio de 1873, a indicación del comisionado Gandarillas esa expresión fue sustituida por el término "maliciosamente", en base a la siguiente consideración:

(...) la expresión de *propositum* pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fe, por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto para remediar con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro.²

Consta, pues, de los antecedentes de la historia fidelegra del establecimiento del Código Penal de 1875 que sus redactores suponían la existencia de casos excepcionales de la prohibición de causar un aborto consentido, a los que la regulación del propio Código Penal hace alusión mediante una referencia a la eventual "buena fe" de un tercero, cuya acción por tal razón debe entenderse como sinuada fuera del alcance del ámbito de la prohibición penal.

Esta comprensión de la prohibición del aborto consentido, recordada en su ámbito por el reconocimiento de situaciones excepcionalmente permitidas, fue unánimemente compartida por la doctrina penal y médico-legal chilena de fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX. En las cuestiones de detalle, la ausencia de regulación provocaba ciertamente discrepancias entre los distintos autores. Pero todos coincidían en lo esencial: aunque el Código Penal no establezca supuestos excepcionales del alcance de la prohibición, no se trata de una prohibición absoluta. En determinadas situaciones la práctica de un aborto es una acción lícita.

El texto más representativo del Siglo XIX, por su autoridad, es la obra de Federico Puga Borne, quien señala como algo no controvertido que el aborto provocado es lícito cuando consiste en una operación practicada en caso de que la vida de la madre corra un serio peligro, exigiendo como requisito procedimental la consulta de la opinión de otros médicos.³ Para la identificación de aquellos casos en que el aborto es lícito, Puga formula un catálogo de "indicaciones médicas", es decir, situaciones en las cuales se encuentra médicamente indicada como intervención terapéutica la práctica del aborto.⁴

El punto de vista de la ética médica expresado por Puga encontró respaldo también en la doctrina jurídico-penal del Siglo XIX, y se puede apreciar como firmemente establecido en las monografías de

² Sesión 67, en 2 de diciembre de 1871, en: *Actas de las Sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno*, Santiago, 1873, p. 133.

³ *Ateneo*, cit., p. 289.

⁴ Federico Puga Borne, *Medicina Legal*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1896, p. 140.

⁵ "Las indicaciones aceptadas son las estricteces primarias inferiores a 65 milímetros, los vómitos incoercibles, los tumores impenetrables de operar o movilizar, que por su volumen obstruyen el mismo modo que las estricteces citadas, la retención urinaria en ciertos casos. Es excesivamente raro que la clámpea, la hemorragia, las otras afecciones que pueden necesitar el parto prematuro, exijan la depuración del útero antes del período de la viabilidad" (op. cit., loc. cit.).

⁶ En especial, Robustiano Vera, haciendo suyas las expresiones de "el Diccionario de Jurisprudencia del señor Carlos V. Riquelme", *Código Penal de la República de Chile*, Santiago: Imprenta de P. Calvo i Ca., 1983, p. 542-543.

principios del siglo XX. En particular, el catálogo de indicaciones médicas de Puga, en una reformulación por Carlos Menckberg, desempeñó una importante función orientadora de la praxis médica.¹¹

La traducción de este consenso en términos de la moderna teoría del delito no es tarea fácil. Desde el punto de vista de sus categorías conceptuales no es claro el exacto alcance sistemático de esta función del término "maliciosamente". En palabras del autor de la última monografía dedicada al análisis de esta expresión legal antes del advenimiento de la teoría finalista del delito en la doctrina chilena, puede decirse que en el contexto del Art. 342 el término maliciosamente cumple «en la concepción de la comisión redactora— una finalidad restrictiva de la aplicación del supuesto de hecho, consistente en "recalcar el hecho de que sólo consista [y]e] delito la acción objetivamente contraria al derecho o a los valores (...) protegidos, y consecuentemente de esta contradicción".»

Conforme a esta afirmación, en una primera aproximación el término "maliciosamente" parecería ser expresivo de una exigencia de conocimiento de la antijuricidad del comportamiento. La exigencia del texto legal permitiría, por consiguiente, fundamentar una causal de exculpación por error de prohibición. Pero esta impresión no agota el contenido sistemático-funcional de la expresión legal. Desde el punto de vista de la comisión redactora y la ética médica del Siglo XIX y principios del Siglo XX, lo crucial de esa "buena fe" incompatible con la malicia es la representación de estar actuando en una situación de aborto provocado lícito. Se trata de una referencia subjetiva a un supuesto objetivo de exclusión de la licitud del aborto.

Dos son las maneras de entender esta función objetiva indirecta de la expresión en cuestión. La elección de una u otra depende de la teoría general de las normas que se considere correcta. Conforme a una concepción dualista de la antijuricidad, ésta debe entenderse como un (eventual) conflicto entre normas prohibitivas *prima facie* aplicables al caso y normas permisivas definitivamente aplicables al caso. En el marco de esta concepción, la expresión "maliciosamente" tiene la función de una metaregla, críticamente semejante a la función del Art. 10 N° 10 del Código Penal.¹² La expresión otorga prioridad a la norma permisiva sobre la norma prohibitiva. En el caso, se trataba de una norma permisiva propia de la ética médica, cuyo fundamento normativo más general no recibía mayor explicación.

Conforme a una concepción monista de la antijuricidad, ésta debe entenderse como la expresión de una norma prohibitiva total, expresada parcialmente en supuestos de hecho referidos a circunstancias que deben concurrir (elementos positivos) y parcialmente en supuestos de hecho referidos a circunstancias que no deben concurrir (elementos negativos), para entender a la acción como una acción prohibida. En el marco de esta concepción, la expresión "maliciosamente" tiene la función de una mención táctica a los elementos negativos del supuesto de hecho del aborto jurídico-penalmente prohibido.

Por supuesto, lo peculiar de la fórmula empleada por la Comisión Redactora es su carácter subjetivo. Conforme a esta redacción, para que la acción se encuentre excluida del ámbito de la prohibición no se requiere la efectiva concurrencia de la situación en cuestión, sino que basta con la creencia de "buena fe" en su concurrencia. Dado el carácter objetivo-normativo de la expresión, esta consideración subjetiva no puede entenderse referida primariamente al error de prohibición (o error de permisión), sino al error acerca de la concurrencia de una situación justificante teleológicamente negativa del tipo, en la otra concepción teórica. La consecuencia de esta configuración subjetiva sería la impunidad de ese error, cuyo fundamento sistemático resalta por explicar. En todo caso, para quien atribuya al error acerca de la situación justificante el carácter excluyente del dolo, esta consecuencia es enteramente aplicable: no es más que una expresión de la atipicidad de la acción cometida bajo error de tipo permisivo invencible, debida a la impunidad del aborto imprudente en el sistema de *numerus clausus* del Código Penal chileno.¹³

Finalmente, es de la mayor importancia señalar que pese a su configuración subjetiva, la expresión del Código Penal nunca fue interpretada en el sentido de la teoría moral católica, es decir, como una restricción de los supuestos de impunidad sólo a los casos cubiertos por la doctrina del doble efecto.¹⁴ Ello, en circunstancias que el magisterio eclesiástico hizo de la cuestión de la delimitación entre intervenciones terapéuticas lícitas (aceleramiento del parto) e ilícitas (crimen contra la vida) conforme a la doctrina del doble efecto, una cuestión práctica de la mayor importancia a fines del Siglo XIX.¹⁵ Si bien algunas de las monografías de principios del Siglo XX justifican el aborto consentido mediante consideraciones subjetivas que pueden ser relacionadas con la doctrina del doble efecto, en ningún caso plantean abiertamente como requisito para la autorización del aborto terapéutico que el resultado de muerte sea un efecto indirecto no buscado deliberadamente.¹⁶ El aborto provocado como medio para lograr el fin terapéutico —la erradicación del peligro para la mujer embarazada— fue también considerado como un aborto indiscutiblemente lícito.

b. El Código Sanitario (1931–1989)

El Decreto con Fuerza de Ley N° 226, de 15 de mayo de 1931 (Diario Oficial de 29 de mayo de 1931), aprobó el Código Sanitario, con cuya entrada en vigencia quedó derogado un innúmero y fragmentario cuerpo de normas relativas a la salud pública y la práctica médica.¹⁷ Esta última materia pasó a ser regulada por el Título III del nuevo Código, cuya última disposición era del siguiente tenor:

¹¹ Al respecto, Juan Pablo Manabich, *Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de los casos de justificación*, en: 3 *Revista de Estudios de la Justicia* (2003), p. 147–163.

¹² Sobre la doctrina del doble efecto o doctrina del voluntarismo indirecto se volverá más adelante, en la sección 3, a propósito de la tesis que niega la preclusión de causas de justificación del aborto consentido.

¹³ Así, los decretos del Santo Oficio de 28 (31) de mayo de 1884, de 14 (19) de agosto de 1889, de 24 de julio de 1889 y de 4 de mayo de 1898 (Heinrich Denzinger, *Peter Hüsemann, Enchiridion symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum*, Barcelona: Editorial Herder, 2000, 72.ª ed. de la versión española de la 38.ª edición latina, numer. 3258, 3298, 3336–3338).

¹⁴ Así, Fernández Barrios, *El aborto*, cit., p. 53; Rosset, op. cit., p. 47; García Huindoburn, op. cit., p. 43. En todos estos casos, las consideraciones subjetivas se explican como un eco de las actas de la Comisión Redactora del Código Penal.

¹⁵ Para un vistazo de esta regulación, Federico Puga Borne, *Código Médico (Antes) Santiago*, Imprenta Cervantes, 1904.

Art. 226. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

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

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

Como salta a la vista, la disposición del Código Sanitario fija legislativamente las consideraciones normativas que ya eran dominantes en la doctrina y la praxis médica. Si por "fines terapéuticos" se entiende la finalidad de evitar un peligro para la mujer embarazada en las situaciones consideradas como "indicaciones médicas", es evidente que la regla en cuestión reproduce la doctrina representada por la obra de Federico Puga Borne. Así lo entendió la literatura especializada, que atribuyó a esta disposición el carácter de norma complementaria de la función excluyente de lo impuso de la expresión "maliciosamente" en el Código Penal¹⁶.

La mayor o menor extensión de la situación justificante del Art. 226 del Código Sanitario originario quedó, pues, entregada a la interpretación extensiva o restrictiva de la expresión "fines terapéuticos". La reforma que experimentó la disposición treinta y cinco años más tarde no alteró esta situación.

El Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 11 de diciembre de 1967 (Diario Oficial de 31 de enero de 1968), que aprobó el texto de un nuevo Código Sanitario, vigente hasta el día de hoy, sustituyó el antiguo Art. 226 por un nuevo Art. 119, del siguiente tenor:

Art. 119. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.

Como se puede apreciar, la modificación de 1967, incidió en los aspectos puramente procedimentales de la causa de justificación. La configuración de la situación justificante se mantuvo inalterada.

La interpretación de la expresión "fines terapéuticos" experimentó, sin embargo, una considerable evolución. En la medida que el progreso de la medicina permitió el control terapéutico de varias de las situaciones orgánicamente consideradas como indicaciones médicas, dejó de ser racionalmente necesaria la práctica del aborto como medio para la salvaguarda de la mujer en esas situaciones. Esto significaba que en esos casos la intervención abortiva ya no podía quedar cubierta por la causa de justificación. Sin embargo, el Art. 119 del Código Sanitario no dejó por ello de desempeñar un importante rol en la justificación de provocación de abortos en el contexto de la práctica médica.

Las monografías de la época en cuestión son expresivas de esta evolución¹⁷. En ellas se advierte la

tesis de que la interpretación correcta de la expresión "fines terapéuticos" es una de carácter más bien extensivo. Conforme a esta interpretación, la causa de justificación no exige una situación de *peligro actual o inminente para la vida* de la mujer, sino que se satisface también con una situación de *peligro futuro*, ya sea para la vida o para la *salud* de la mujer. Incluso se sostiene que en la apreciación de la concurrencia de una situación de esa índole el sistema jurídico debe otorgar a la práctica médica una prerrogativa discrecional de decisión.

En el contexto algo más elaborado de la teoría del delito, la cuestión se planteó en los términos de determinar el fundamento de la causa de justificación del Art. 119. Es decir, si se trataba de un supuesto de estado de necesidad (por analogía con el Art. 10 N° 7 CP), o bien de un supuesto de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un oficio (Art. 10 N° 10 CP). La opción por la primera concepción implicaba la preferencia por una interpretación restrictiva del Art. 119, en la medida en que le hacía extensivos los criterios de subsidiariedad del ataque y ponderación de los bienes en conflicto, que son propios del estado de necesidad justificante. De la opción por la segunda se deducía la preferencia por una interpretación extensiva de la disposición, cuyo ámbito de alcance quedaba entregado en su determinación a la ética médica.

La opinión más extendida consideraba al aborto terapéutico como un caso de estado de necesidad justificante. La posición más rigurosa desde esta perspectiva fue la asumida por Alfredo Eichberg¹⁸. Este autor exigía, en primer lugar, la finalidad de evitar un daño a la persona de la mujer, cuya creación es propia de la profesión médica. El conflicto con cualquier otro interés se encontraba, pues, excluido de la situación justificante. Enseguida, sostenía que la estructura de la justificante correspondía a un caso especialísimo de estado de necesidad, en que excepcionalmente el bien de afectación era la vida humana. Esto permitía, a su juicio, incluso intensificar la rigurosidad de los criterios del Art. 10 N° 7. En todo caso, conforme a esos criterios, el bien de protección (el interés de la mujer) debe ser preponderante respecto del bien de afectación (la vida del feto). Por tal razón, sólo puede practicarse lícitamente un aborto como medio para salvar la vida de la mujer embarazada. La salud de la mujer no alcanza a tener peso específico suficiente como para ser considerada un bien preponderante frente a la vida del feto. En rigor, para la posición de Eichberg la consideración de la muerte de la mujer como un mal mayor es valorativamente discutible desde un punto de vista moral extrajurídico. Sin embargo, la comparación de las penalidades del homicidio y el aborto demuestra que esa es la valoración del legislador, que por lo demás permite reconocer algún caso de aplicación a la disposición del Código Sanitario. Evidentemente, los requisitos de inminencia del mal y de extrema subsidiariedad del medio debían aplicarse también a esta intervención terapéutica.

Los representantes más conspicuos de la posición minoritaria fueron Francisco Grisolia, Juan Bustos y Sergio Polidoff¹⁹. Estos autores negaban que la causa de justificación del Art. 119 del Código Sanitario exigiera condiciones propias del estado de necesidad justificante, y señalaban que su fundamento se encuentra "más cerca" del ejercicio legítimo de una profesión. De lo anterior deducían que no es

¹⁶ Solí O. *Fredericthal. El problema del aborto*. Santiago: Imprenta "República", 1937, p. 47-1. Raimundo del Río, *Decreto Penal*. Santiago: Editorial Nascimento, 1935, Tomo III, p. 284-285. Samuel Cajarán C., *Manual de Medicina Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1948, p. 108.

¹⁷ Edmundo Marínquez Bustos, *Procesión Penal de la vida humana en su primera etapa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 43-45. César Parada Guzmán, *El aborto en nuestra legislación y jurisprudencia*. Santiago, 1963, p. 73-77. Rodrigo Bado A., *El aborto en la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Universitaria, 1966, p. 29-31.

¹⁸ *Decreto Penal. Parte Especial*. Santiago: Carlos E. Gálvez A., Editor, 1965 (1ª ed.). Tomo III, p. 101-102. Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976 (2ª ed.). Tomo III, p. 73-76. La primera edición se refiere al Art. 226 del D.F.L. 226 de 1931; la segunda, al Art. 119 del D.F.L. 725, de 1967. En lo demás, el texto se mantiene idéntico.

¹⁹ *Decreto Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 229-237.

necesario un peligro actual o inminente para la mujer, bastando con la realidad de ese peligro. Es decir, que si conforme a la práctica médica se puede pronosticar un peligro futuro, entonces se concuerda autorizada la intervención abortiva. También dedujeron de su tesis que no es necesaria una preponderancia del bien de protección (el interés de la mujer) frente al bien de afectación de la vida del feto. Eso no significa prescindir de cualquier estándar de ponderación, ya que la conservación de la vida del feto es también un deber del médico. La primera consideración restrictiva es que debe tratarse de un interés relativo al bienestar de la mujer embarazada, es decir, a su salud en un sentido amplio. La segunda consiste en exigir la concurrencia de un peligro grave para la salud. Del fundamento de la causal de justificación se deduce, finalmente, que el sistema jurídico debe reconocer a la profesión médica una prerrogativa de decisión acerca de la gravedad del mal pronosticado como posible.

Además de la interpretación extensiva del Art. 119 del Código Sanitario, Grisolia, Bustos y Polinoff afirman la licitud de ciertos casos de aborto aun cuando no correspondieran a la situación justificante descrita en dicha disposición. Cualquiera que se encuentre en una situación de emergencia, en la cual haya de practicarse un aborto sin que puedan ser satisfechos los requisitos procedimentales del Código Sanitario (opinión favorable de dos médicos), podía invocar en su favor —según estos autores— un estado de necesidad justificante suprallegal ("no legislado"). Satisfechos los requisitos de inminencia del peligro y certeza substancial del medio, queda indubitablemente justificado el aborto cometido para salvar la vida de la mujer. Tratándose, en cambio, de un aborto cometido para resguardar la salud de la madre, sólo podría invocarse un estado de necesidad exculpante. Ello, debido a la falta de preponderancia de los autores sugieren la invocación del ejercicio legítimo de un derecho (Art. 10 No 10 CP), para el primer caso, y de la fuerza irresistible (Art. 10 No 9 CP), para el segundo.

Finalmente, estos autores consideraban que aun actuando fuera de una situación justificante, el médico que procura un aborto por razones terapéuticas, es decir, para evitar un daño a la salud de la mujer, no realiza la hipótesis de aborto cometido por facultativo, prevista en el Art. 345, sino sólo la de aborto consentido, prevista en el Art. 342 No 3. La práctica del aborto con fines curativos, aunque no satisfaga los requisitos de las causas de justificación, no puede ser considerada "abusiva" en el sentido del Art. 345²⁸.

Entre una y otra postura, puede citarse la de Luis Cousiño Maciver²⁹, el cual, si bien coincidía con Etcheberry en conectar la causa del justificación del Art. 119 del Código Sanitario como un caso excepcional de estado de necesidad justificante, comparaba la tesis de Grisolia, Bustos y Polinoff en cuanto a la prelación de la salud física o psíquica de la mujer, frente a "lo alto del feto de la concepción, de

quien nada sabemos"³⁰. En lo que respecta a la inminencia del peligro y la substancialidad del medio, naturalmente, su posición coincidía con la de Etcheberry³¹.

La discusión habida bajo la vigencia de la causa de justificación del Código Sanitario gira sobre premisas inevitables. La tesis del estado de necesidad no repara en el hecho de que se trata de una situación de estado de necesidad defensivo³². La presencia o permanencia del feto en el útero de la mujer es la fuente del peligro al que ella se encuentra o se encontrará expuesta. Esto hace que la vida del feto no pueda ser considerada como un bien ajeno a la situación de necesidad, por lo que su sacrificio se deba sólo a un deber de solidaridad, como es el caso del estado de necesidad agresivo, regulado en el Art. 10 No 7 CP. El estado de necesidad defensivo puede considerarse como un caso particular de estado de necesidad justificante, en el cual el hecho de resistir el bien de afectación el carácter de fuente del peligro produce efectos en el juicio de ponderación. En lo esencial, permite justificar su sacrificio como medio para la salvaguarda de otro equivalente, aunque no sea preponderante.

Por su parte, la tesis del ejercicio legítimo de la profesión médica no repara en el carácter de mera matarregla del Art. 10 No 10 CP. Esa disposición otorga prioridad a las normas que regulan el ejercicio de la profesión y en tal calidad autorizan (o exigen) la realización de acciones típicas. Pero por sí sola no sustituye esas reglas a las que se remite. Cables son las reglas, para el ejercicio de la profesión médica. Obviamente, dichas reglas se encuentran en primer término en el título respectivo del Código Sanitario, incluida la norma sobre aborto terapéutico. El argumento es circular, y por lo tanto no provee un fundamento normativo.

Si en algo contribuye la concepción del aborto terapéutico como ejercicio legítimo de la profesión médica es en su posible planteamiento como una colisión de deberes. Desde el punto de vista del ejercicio de la profesión médica, existe un deber de evitar daño al feto y también un deber de evitar daño a la mujer. Se trata de dos deberes de acción, por lo que el derecho no deja alternativa al desistimiento de esos deberes: o infringe uno de ellos o infringe ambos. Pero la colisión de deberes es susceptible de ser tratada como una situación especial de estado de necesidad justificante, en que la peculiar posición del destinatario de dos deberes de acción produce efectos en el juicio de ponderación³³. En lo esencial, permite justificar su sacrificio como medio para la salvaguarda de otro equivalente, aunque no sea preponderante.

Así pues, ambas posturas, una vez clarificadas sus premisas dogmáticas, conducen al mismo resultado, con tal que se entienda el juicio de ponderación exigido por el estado de necesidad justificante como una ponderación de intereses y no una mera ponderación de bienes.

²⁸ Op. cit., p. 428.

²⁹ En los resultados, Gustavo Labruna Cússa coincide con la posición de Cousiño, aunque sin mayor fundamentación. "El aborto terapéutico (es) el que practica un facultativo, con abstracción de su oficio, para salvar la vida de la madre o evitarle un grave daño en su salud. Constituye un estado de necesidad y se encuentra autorizado por el art. 119 del Código Sanitario" (*Derecho Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969) (5ª ed.), Tomo II, p. 230.

³⁰ Acerca de la distinción entre estado de necesidad agresivo y estado de necesidad defensivo, Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, Madrid: Editorial Cizma, 1997, Tomo I, p. 572-576, 705-712; Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 419-422, 520-521; Francisco Bello Larilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, José María Bosch, Editores, 1994, p. 169-198. Para un examen del estado de necesidad justificante como supuesto de excepción de la legítima defensa, Luis Ortiz Bertrán y Mónica Angulo Defensorías, *Defensorías* (s. "El Estado de Necesidad Defensiva originado por Sres. Humaneros"), Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1998.

³¹ Al respecto, Roxin, op. cit., p. 724-729.

³² Esta tesis supone considerar al supuesto de hecho del Art. 345 como una hipótesis calificada/especial frente a la hipótesis simple (genérica) del Art. 342 No 3. Esa es, en efecto, la postura de los autores en cuestión. Esta es una cuestión controvertida. La posición contraria, representada principalmente por Luis Cousiño Maciver (1969), me parece, como dice que la condición del facultativo es bilateral o actúa conjuntamente a la ley, y en tal caso se encuentran justificados, como contra la ley, y en tal caso obra de su oficio. Esta controversia implica que en la investigación sobre el delito de aborto antes citados sea usual encontrar la consideración de la ley actuando conjuntamente de la expresión "abusando de su oficio" del Art. 345, y no de la expresión "maliciosamente" del Art. 342 C.P.

³³ *Derecho Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, Tomo II, p. 425-430.

La clarificación anterior permite también advertir que la extensión de la justificación del Código Sanitario, ya sea a casos de peligro futuro para la mujer, como a casos de peligro susceptible de control por otros medios, o a casos de peligro de daño menos grave a la salud de la madre, no podía tener lugar bajo su consideración como colisión de deberes. Esta consideración no lleva más lejos que su consideración como estado de necesidad defensivo.

Tampoco resulta satisfactoria la admisión de una posible causal de exculpación, como supuesto subsidiario en caso de no reunirse los requisitos de una causa de justificación. Puesto que la exculpación es personalísima, no podrá comunicarse al partícipe ni mucho menos al coautor que no se encuentran en esa situación de exculpación. Prácticamente en la totalidad de los casos es la mujer, pero no el médico o el tercero, quien se encuentra en peligro por la presencia o la permanencia del feto.

La extensión de la causa de justificación sólo podía lograrse reconociendo a la profesión médica una prerrogativa legítima de determinación de la concurrencia de la situación justificante. Tal reconocimiento implicaba una remisión a la ética médica como complemento normativo de la legislación. Con ello, sin embargo, no quedaba resuelta la cuestión. Pues precisamente en el contexto de la ética médica la justificación del aborto provocado ha sido siempre una cuestión controvertida. Sin proveer a la ética médica de al menos ciertas premisas normativas sustantivas y un procedimiento argumentativo, no cabe esperar de esta salida sino la arbitrariedad. El caso de esa arbitrariedad es la incoherencia; quien lo paga es, por cierto, la mujer embarazada.

En todo caso, es importante señalar que nunca se planteó como requisito de la norma del Código Sanitario una restricción de carácter subjetivo semejante a la exigida por la doctrina del doble efecto de la ecología moral católica. Tal como lo fuera antes de la dictación del Código Sanitario, la práctica médica bajo sus normas aceptó la licitud del uso del aborto como medio para la salvaguarda de la mujer. Nada más elocuente al respecto que la opinión de Raimundo del Río:

No obstante la decidida opinión en contra de la legítima, debe entenderse, con la mayor parte de los autores y las legislaciones modernas, que no abuse, sino que, por el contrario, sea legítimamente de su oficio, el facultativo que provoca un aborto para salvar la vida de la madre o evitar los riesgos de un parto que se presenta peligroso.¹⁵

2. La génesis del actual Art. 119 del Código Sanitario

La Ley 18.836, establecida durante la dictadura militar, se originó en una moción del entonces Almirante y Comandante en Jefe de la Armada, miembro de la junta de gobierno y presidente de la primera comisión legislativa, José Toribio Merino. El proyecto de ley respectivo (Boletín No 986-07)¹⁶ proponía introducir modificaciones en la regulación del aborto contemplada por Código Penal, agravando las penalidades, y reemplazar el Art. 119 del Código Sanitario de 1968, prohibiendo el aborto directo,

pero permitiendo el aborto como efecto indirecto de una intervención terapéutica. La distinción entre aborto directo y aborto indirecto se efectuaba conforme a la doctrina del doble efecto, sustentada por el magisterio eclesástico de la Iglesia Católica.

La moción fue presentada bajo el argumento de que esas modificaciones legales eran requeridas por la protección a la vida dispensada por la Constitución, inclusive de la vida del embrión o feto, y a ella se acompañó informes que mayoritariamente la avalaban. El informe de la Secretaría de Legislación dejó constancia, sin embargo, de que la interpretación de la Constitución que servía de base al proyecto no era sino una alternativa interpretativa. Frente a ella, señalaba ese informe, existía otra interpretación igualmente plausible, conforme a la cual la Constitución debía entregada a la legislación la protección del embrión o feto.¹⁷

La comisión conjunta rechazó la idea de legislar. Sólo la primera comisión legislativa (Armada) votó en su favor; las tres restantes votaron en contra.¹⁸ El Almirante insistió en su moción. Las razones esgrimidas en su insistencia parecían ser transitorias:

Esta Primera Comisión Legislativa considera que (...) la mejor y quizás la última oportunidad para legislar la ofrece el período que resta del Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden cuyo único compromiso es con la nación entera, con sus valores permanentes y con el futuro de sus valores.

Frente a la avalanche de intereses, compromisos, transacciones y retrocesos sufridos que sufren hoy aquellos países que fueron nuestros modelos, luz y guía: no cabe sino aprender la lección, fortificar nuestra plaza y sostener nuestros principios.

Todos sabemos cuántos están detrás de los "avances" de la sociedad actual y conocemos su propensión. Todos sabemos cuál ha sido el método y los sistemas empleados para desarticular los valores en forma lenta y solapada, pero eficaz.

No podemos esperar, entonces, que nuestro sistema haya cambiado pues los herramientas con que hoy contamos, no escatimió, y es posible que, en un poco tiempo más, el trabando ideológico est ya produciendo frutos de modernismo que las generaciones futuras deben sufrir con la desintegración de valores tan fundamentales como la familia, la vida humana y la patria.¹⁹

El argumento del Almirante es transparente hasta el cansancio: debido a que los días de la dictadura están contados, es urgente la aprobación de una ley ideológicamente tan expresiva. Pero no por transparente el argumento es válido. Si el único compromiso de esa moción era con los "valores permanentes" de la nación chilena, ¿cómo se explica la modificación una disposición legal que tenía cincuenta años de vigencia y que correspondía a una regla de la praxis médica cuya vigencia puede acreditarse incluso en el siglo XIX? Si algo expresaba a la tradición valorativa chilena era el reconocimiento de la legitimidad del aborto provocado por un médico para evitar un daño a la mujer embarazada. La consideración de la prohibición

¹⁵ Raimundo del Río C., *Derecho Penal*, cit. p. 283.

¹⁶ En adelante, los antecedentes de la historia legislativa de la Ley 18.836 se citan según su filiación en el expediente de tramitación del Boletín No 986-07, mencionado por la Biblioteca del Congreso Nacional. La fecha de ingreso de la moción corresponde al 8 de julio de 1988 (fs.12).

¹⁷ Informe de fecha 9 de agosto de 1988, fs. 131-167.

¹⁸ Informe de fecha 13 de enero de 1989, fs. 237-260.

¹⁹ Ordenario No 6583/60/31, de 5 de abril de 1989, fs. 272-279 (278).

del aborto como una norma absoluta correspondía a la tradición de la teología moral de la Iglesia Católica, pero ciertamente no a la tradición del derecho ni de la ética médica de la República de Chile.

Ante la insistencia del Almirante, la junta de gobierno acordó en sesión de 18 de abril de 1989 remitir nuevamente el proyecto a la comisión conjunta. La cual requirió y recibió nuevos antecedentes. En razón de esta situación, el entonces Obispo de Rancagua, Jorge Medina Estévez, envió una carta dirigida a los cuatro miembros de la junta de gobierno, sugiriendo como solución para el desacuerdo la concentración de la iniciativa legislativa en la derogación del Art. 119 del Código Sanitario. Los argumentos de esta carta son previsibles: (a) las antiguas indicaciones médicas para practicar el aborto terapéutico carecen de vigencia, debido a los adelantos de la medicina; (b) para el caso excepcional que no pudiere ser controlado médicamente, la única alternativa lícita es la admitida por la teología moral del magisterio eclesialístico, esto es, la doctrina del doble efecto; (c) el Art. 119 del Código Sanitario autoriza el aborto directamente provocado en términos indeterminados, luego, (d) esa disposición encubre institucionalmente la práctica de abortos ilícitos. Las últimas palabras de la carta episcopal merecen también ser transcritas:

(...) Por denegarse el camino para la manifestación del aborto en Chile está abierto. Recordando que en tiempos de la Unidad Popular este fue el camino para realizar abortos bajo el amparo legal.

Es posible que no exista otra oportunidad como la presente para emendar el rumbo de una legislación que contradice la moral cristiana y cuyos efectos pueden ser nefastos para la vigencia de los grandes valores que forman el alma nacional y pierden que Chile, tienen una ocasión única para llevar a la sociedad chilena de tan infamante práctica.

Movido por esta preocupación y no queriendo que en Chile lleguemos a situaciones que hoy ocurren en países desarrollados y que constituyen un atentado a la persona humana y contra los valores más esenciales de la cultura occidental cristiana que nos legaron nuestros antepasados, me he permitido escribirles para que entiendan en nuestra querida Patria uno de los males más horrendos que hoy envuelven al mundo, haciendo así honor a los principios que el Supremo Gobierno ha enmendado desde 1973¹¹.

Las coincidencias entre el Obispo y el Almirante son manifiestas. Lo mismo las incongruencias del argumento. ¿Qué era lo problemático del Art. 119 del Código Sanitario? ¿La falta de control judicial de la procedencia de su invocación, la vaguedad de sus términos o la autorización del aborto directamente provocado? Obviamente, los dos primeros problemas no se resolvían con la derogación de la disposición. La auténtica razón para insistir en su derogación era que no distinguía entre la provocación directa y la provocación indirecta de la muerte del feto, autorizando ambas. Semjante norma es, desde luego, incongruente con la teología moral católica —que el Obispo, con modestia, califica como "moral cristiana"—.

¹¹ Oficio N° 665/89, de 20 de julio de 1989, f. 338-340.

¹² Que la doctrina del Obispo de Roma no es representativa de la moral cristiana queda de manifiesto en los propios antecedentes de la historia fidalgia del establecimiento de la Ley 18.826. En virtud de una confusa intrusión por el presidente de la segunda comisión legislativa, el entonces General del Aire, Fernando Matthei Aubel, el Presidente de la Iglesia Luterana de Chile, Doctor Julio Lajunen Grober, envió una carta respuesta, en la cual reconoce el carácter antinómico conflicto de las situaciones en que se puede encontrar a una mujer embarazada, rechaza la preterición intrínseca de la teología moral católica y aboga porque en esas situaciones se deje espacio normativo a la decisión moral responsable de la mujer (26 de mayo de 1989, f. 302-309).

Pero representaba fielmente la tradición normativa chilena. La justificación del Obispo y del Almirante era falaz: la modificación que ellos respaldaban no aseguraba los valores permanentes de la nación, sino que los alteraba, radicalizando la regulación legal conforme a una orientación confesional extrema.

La falacia del Obispo produjo sin embargo el efecto buscado. La comisión conjunta adhirió al punto de vista episcopal y aprobó como contenido del proyecto de ley una sola disposición, del siguiente tenor:

Artículo único.— Reemplázase el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

Artículo 119.— No podrá efectuarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto¹².

En su informe, la comisión conjunta aceptó la tesis de la obsolescencia de las antiguas indicaciones médicas para la práctica del aborto terapéutico y consideró en consecuencia al Art. 119 del Código Sanitario como "un requisito" para realizar abortos médicamente injustificables. Asimismo, la comisión dejó constancia que conforme a la redacción de la nueva disposición quedaba a salvo la legitimidad de la intervención médica justificable por la doctrina del doble efecto de la teología moral católica.

En cuanto al efecto de la modificación propuesta sobre la calificación normativa del aborto directamente provocado, el informe consigna las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto se consideró la posibilidad de que existirían algunos remotos casos en que el aborto terapéutico podría tener aplicación, se estimó innecesario mantener la norma para casos extraordinariamente excepcionales, considerando que en esa situación el juez no a aplicar las disposiciones generales del Código Penal.

En efecto, debe considerarse que desde el ámbito jurídico penal, el nuevo artículo 119 del Código Sanitario no que se propone, no contempla la causal de justificación basada en el ejercicio legítimo de una profesión, cuya concurrencia forma en la ley la conducta.

Con la aplicación de la norma propuesta, el hecho siempre tendrá el carácter de ilícito, es decir, en el ámbito penal del ordenamiento jurídico, la conducta será típica y antijurídica (no expresamente autorizada). Por ello, el médico sólo podrá evitar la sanción penal por la vía de la exculpación, acreditando que el ilícito cometido no le es reprochable personalmente por la concurrencia de circunstancias concurrentes que le significaron la no exigibilidad de una conducta conforme a los mandatos del Derecho Penal¹³.

Las consideraciones de la comisión son doblemente contradictorias. En primer lugar, se plantea la cuestión del estatus de la práctica de un aborto que satisface los requisitos de la doctrina del doble efecto. ¿Tiene también el carácter de ilícito? Ya se ha visto que la comisión consideraba que dicho aborto no merecía el tratamiento de acción ilícita. Pero, ¿cómo se compatibiliza esa tesis con la exclusión de la causal de justificación antes consagrada por el Art. 119 del Código Sanitario?

En segundo término, el recurso a una causal de exculpación se encuentra fuera de lugar. El médico no se encuentra en una situación de inevitabilidad, en el sentido de las causales de exclusión de la respon-

¹³ Oficio N° 12, de 16 de agosto de 1989, f. 570-571.

salud penal. Es la mujer embarazada, pero no el médico, la persona que puede entenderse excusada por su reacción frente al peligro. Conforme a la teoría de la accesoriedad limitada, dominante entre nosotros, el médico participe en el aborto no puede invocar una circunstancia personalísima que respecto de él no concurre. Mucho menos podrá hacerlo el médico que es coautor del aborto, como rutinariamente será el caso. Precisamente debido a esta situación es que surgió en la jurisprudencia alemana el estado de necesidad justificante supralegal, para cubrir la situación del médico que practicaba un aborto terapéutico³⁴.

La primera inconsistencia quedó salvada. En sesión legislativa de 17 de agosto de 1989, la Junta de gobierno remitió el proyecto una vez más a la comisión conjunta, para revisar los términos de la disposición propuesta. Estando su cometido, la comisión suscitó la redacción originaria del proyecto por la que en definitiva se convirtió en ley. La justificación de esa variación es la siguiente:

Durante el nuevo estudio del proyecto de ley en comento, la Comisión Conjunta volvió a concluir en la necesidad de mantener en el Código Sanitario una norma que contemple el aborto terapéutico para casos excepcionales, basada en los mismos fundamentos expuestos en su oficio N° 12 de fecha 16 de agosto de 1989.

Sin embargo, con el propósito de precisar aún más la norma, se estimó conveniente modificar la redacción antes propuesta.

En efecto, se consideró que la expresión "acción directa", como contrapuesta a "acción indirecta", podría prestarse a equívocos. En cambio, el empleo de la palabra "fin", entendida en su acepción de "objetivo o motivo con que se ejecuta una cosa", permite una mayor objetividad de la norma.

La única manera de asignar sentido a estas expresiones, en contradicción literal con el informe de 12 de agosto, es entender que en la concepción de la comisión conjunta el nuevo Art. 119 del Código Sanitario tiene una doble función. Por una parte, excluye la justificación del aborto directamente provocado, aun en una situación de necesidad para la mujer embarazada. Por otra parte, autoriza la práctica de un aborto indirectamente provocado, realizada con fines legítimos.

En otras palabras, desde el punto de vista de la comisión conjunta, el proyecto de ley mantendría un resido de la antigua causa de justificación del Código Sanitario: el comparable con la teología moral del magisterio eclesástico católico. El punto de vista que en el Siglo XIX fue rechazado en Chile por su carácter excesivamente restrictivo era así introducido por la Junta de gobierno a fines del Siglo XX.

En los términos propuestos, el proyecto fue aprobado por la Junta de gobierno en sesión legislativa de 22 de agosto de 1989. El proyecto fue sancionado por el Presidente de la República, promulgado con fecha 24 de agosto de 1989 y publicado en el Diario Oficial correspondiente al día 15 de septiembre de 1989.

3. Crítica de la tesis de la improcedencia de causas de justificación del aborto consentido

Conforme a las representaciones del legislador histórico, la Ley 18.826 habría producido dos efectos prácticos en relación con la regulación del aborto:

(a) la eliminación de la justificación de cualquier aborto consentido deliberadamente como medio para el logro de otro fin, incluso la salvaguarda de la vida de la mujer embarazada;

(b) la perduración de la justificación del aborto consentido realizado con fines terapéuticos, debidamente proporcionados, en los casos en que la muerte del feto es un resultado no buscado deliberadamente.

En otras palabras, la pretensión del legislador histórico fue adecuar la regulación legal del aborto a la teología moral del magisterio de la Iglesia Católica. Esta pretensión es avalada por la interpretación dominante de la Constitución de 1980/1989 en la doctrina constitucional chilena³⁵, que atribuye a sus disposiciones precisamente un sentido normativo por completo congruente con la doctrina del magisterio eclesástico. Conforme a esta interpretación, la Constitución chilena no haría diferencia alguna entre la protección debida a la vida de los seres humanos nacidos y a la vida de los seres humanos por nacer, y esa protección debida se expresaría en un principio categórico: la prohibición absoluta de dar muerte a un inocente, o, formulado en términos asabólicos, el carácter de valor absoluto de la vida humana. El Art. 119 del Código Sanitario no habría hecho sino expresar los imperativos del orden constitucional en el nivel del orden legal.

Que ésta es la doctrina de la teología moral oficial católica, de eso no cabe duda³⁶. Que esta doctrina corresponda al derecho constitucional chileno, sin embargo, es falso.

En otro lugar he demostrado que la redacción del texto constitucional chileno obedeció a un voto de mayoría —tres comisionados— que rechazó la propuesta de incorporar en la Constitución el contenido normativo de la teología moral católica³⁷. Aunque su defensor pretendió justificar esa propuesta como

³⁴ Así, Jorge Luis Varela Del Solar, *Derechos humanos y aborto*, 47-48 Revista de Derecho Público (1980), p. 157 y ss.; Ricardo Zapata Larraín, *Personas y embrión humano. Algunos problemas legales y su solución en el derecho chileno*, 15 Revista Chilena de Derecho (1988), p. 375 y ss.; Fernando Rivas Vidal, *Problemas jurídicos y sociales que plantea la inseminación artificial y la fertilización in vitro*, 16 Revista Chilena de Derecho, (1989), p. 725 y ss.; Hernán Cortés Talbani, *Comentario de la constitución y personalidad del que está por nacer*, 13 Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (1989-90), p. 33 y ss.; el mismo, *El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción normativa*, 17 Revista Chilena de Derecho (1990), p. 301 y ss.; Eduardo Soto Ríos, *El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución*, 88 Revista de Derecho y Jurisprudencia (1991), Sección 1^a, p. 35 y ss.; Hernán Cortés Talbani, *Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial*, 19 Revista Chilena de Derecho (1992), p. 439 y ss.; Solange Doparcal Calvo, *El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada*, 21 Revista Chilena de Derecho (1994), p. 307 y ss.; José Tomás Alvarado, *El carácter individual del nasciturus*, 21 Revista Chilena de Derecho (1994), p. 345 y ss.; Mías Silva Aboso, *Cómo entender el aborto en un mismo término*, 21 Revista Chilena de Derecho (1994), p. 363 y ss.; Sergio González Eguía, *El embrión humano en la legislación chilena*, 12 Anuario de Filosofía Jurídica y Social (1994), p. 155 y ss.; José Joaquín Uggarte Godoy, *Comentarios de la Persona Humana. Aspectos biológicos, jurídicos y sociales*, 2 Cuadernos Jurídicos 2 (Universidad Católica de Chile), Primeras Jornadas de Derecho Médico (2000), p. 87 y ss.; Carlos Ibar Soto, *En torno a la personalidad del embrión*, en: 11 Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile) (2000), p. 121 y ss. Véase también 7 Ius Publicum (2001), p. 67-106.

³⁵ Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe, *De Persona Procreata*, de noviembre de 1974; Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, *Persona Vitae*, de 22 de febrero de 1985; Encíclica Evangelium Vitae, de 25 de marzo de 1995.

³⁶ Antonio Bascurián, *La persona del día después ante la jurisprudencia*, 95 Estudios Públicos (2004), p. 53-66.

³⁷ RC54 61, 242 (11 de marzo de 1927); al respecto: Eberhard Schmitz, *Das Reichsgesetz und der "abgrenzende Versuch"* ("El Tribunal Supremo del Imperio y el estado de necesidad supralegal"), 49 ZStW (1929), p. 350.

una consideración de derecho natural, eso es, ajena a cualquier concepción religiosa en particular, el voto de mayoría estimó que las exigencias que tal propuesta imponía a la mujer embarazada no eran compatibles con la debida neutralidad confesional del orden jurídico, y en particular del orden constitucional. Merece la pena transcribir aquí el pasaje crucial de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución de 1980:

(...) en resumen, [el Presidente, Enrique Ominetti Escobar] entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el principio 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 convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política.¹⁴

Se encuentra, pues, fuera de duda que la redacción del Art. 19 N° 1 C. Pol. es compatible con una política legislativa que reconozca para el aborto causas de justificación inaplicables al homicidio. Con eso basta para demostrar que la Ley 18.826 no desarrolló un programa regulatorio impuesto por la Constitución de 1980. El fundamento político de la Ley 18.826 no procede del orden constitucional, sino de la teología moral católica.

Hasta el momento, la discusión acerca de la regulación del aborto ha girado alrededor de la cuestión del estatus constitucional del *masculino*. Es decir, si cabe o no considerarlo como persona, titular del derecho constitucional a la vida, conforme a la Constitución. Esta es una estrategia argumental característica del discurso público vinculado al magisterio eclesástico: concentrar la discusión en un debate que es circular y que no es decisivo para el tratamiento de los problemas prácticos involucrados.

Aun si se concediera al *masculino* la calidad de persona, y se le reconociera un derecho a la vida, no podría deducirse de ello una prohibición absoluta de causar un aborto. No existe prohibición absoluta de cometer un homicidio. El homicidio cometido en legítima defensa propia, de pánico o de terror extraño es una acción lícita. También lo es el homicidio cometido en estado de necesidad defensiva, cuando no existe otro medio de evitar un peligro de muerte. En todos los casos en que un ser humano genera un peligro real para otro, éste no tiene por qué soportarlo. Del hecho que ese peligro no provenga de una "agresión ilegítima", en el sentido de la legítima defensa, no se deduce un deber de tolerarlo.

Es cierto que la legislación penal chilena no contempla esta segunda causa de justificación. Pero de ello no se deduce la legitimidad de imponer al afectado ese deber de tolerancia. En el carácter de colisión de derechos constitucionales que reviste el estado de necesidad puede fundarse su procedencia como causa de justificación suprallegal. Conforme a las reglas de ponderación de esta institución, se requiere,

además de la estricta necesidad del medio, que el mal que se evita (el interés que se protege) sea al menos equivalente al mal que se causa para evitarlo (el interés que se afecta).¹⁵ Luego, el ámbito de conflictos de intereses en que proceda el estado de necesidad defensivo como justificación del aborto consentido depende del peso específico que se asigne a la vida del nasciturus como interés. Así pues, aun si se estima que el interés en su supervivencia es idéntico en peso específico al derecho a la vida de cualquier persona, existirá un caso en que sea lícito matarlo: cuando no haya otro medio de salvar la vida de la mujer embarazada. El pretendido carácter absoluto de la prohibición de dar muerte a otro no corresponde a las normas del derecho.

La teología moral católica dispone de un recurso argumental para hacer frente a esos casos de conflictos de intereses. Se trata de la doctrina del doble efecto o doctrina del voluntario indirecto.¹⁶ Esta doctrina sostiene que es lícito ocasionar la muerte de otro, siempre que ese resultado, aunque previsto, no sea el fin de la acción, con tal que dicha acción persiga un fin legítimo (defensa de sí o de otro) y sea proporcionada como medio.¹⁷ Dicho con la terminología de los tipos calificados, conforme a esta doctrina no es lícito matar a otro *con motivo* de la defensa —para defenderse—, pero sí *con ocasión* de ella —al defenderse—. El examen crítico de esta doctrina excede el cometido de estas páginas. En todo caso, merece al menos un par de comentarios.

En primer lugar, desde el punto de vista de la teoría general del delito y la teoría de las normas no resulta para nada claro cómo es que la presencia en el caso concreto de un fin legítimo de la acción restringe el ámbito de la imputación subjetiva que da lugar al reproche penal, produciendo efectos en la calificación deontica de la acción. La teología moral católica considera lícito el homicidio cometido con dolo eventual, con imprudencia e incluso por conexión puramente objetivo-fáctica del resultado con la acción, cuando ésta es lícita *in causa* (*versus in re illicita*).¹⁸ Por esta razón, resulta incomprensible que ante la concurrencia de un fin legítimo, adicional a la acción en el caso concreto, esa responsabilidad se restrinja al dolo directo de primer grado (intención o dolo de propósito) respecto del resultado de muerte del otro o del feto, produciendo como efecto práctico la calificación de esa acción como una acción permitida o lícita.

En segundo lugar, desde el punto de vista del Código Penal chileno y la doctrina penal nacional, todas las causas de justificación se estructuran a partir de la concurrencia de una situación justificante o supuesto de hecho de la causa de justificación (tipo permisivo). La concurrencia efectiva de esa situación

¹⁴ *Ibid.* supra, nota 23.

¹⁵ La formulación originaria de la doctrina del doble efecto se encuentra en Tomás de Aquino, *Summa de Teología*, II-II, q. 64, a. 7. El Catecismo de la Iglesia Católica (1993), recoge la doctrina en sus párrafos 2263 y 2271. La doctrina del doble efecto es prácticamente desconocida por la dogmática penal alemana y española, pero ha originado una densa discusión en la filosofía moral anglosajona. Una buena selección de los artículos más representativos de esta discusión se encuentra en P.A. Woodward (ed.), *The Doctrine of Double Effect*, Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2001.

¹⁶ La formulación del *Compendium theologiae moralis* de J.P. Gury, S.J., es la siguiente: "Es lícito realizar una causa, la cual es buena o indiferente, de la que se siguen dos efectos, uno bueno y el otro malo, si se encuentran presente una razón grave y proporcionada, y si el fin del agente es honesto, es decir, si el no persigue intencionalmente el efecto malo" (citado por Joseph M. Boyle II., *Towards Understanding the principle of Double Effect*, en P.A. Woodward (ed.), *op. cit.*, p. 8; traducción personal del autor).

¹⁷ Tomás de Aquino, *Summa de Teología*, II-II, q. 64, a. 8.

es central al efecto de exclusión de la ilicitud de la acción. Las exigencias cognitivas y volitivas formuladas al agente se relacionan con la concurrencia de la situación justificante, mas no con la realización del supuesto de hecho de la norma punitiva (tipo prohibitivo). Un homicidio cometido en legítima defensa no deja de estar justificado porque haya sido cometido con dolo directo. La legítima defensa no exige ausencia de intencionalidad en la acción homicida. Conforme al derecho chileno, también es lícito matar para defenderse. Incluso en el caso en que el texto legal incorpora requisitos vinculados a motivos especiales del agente —"legítima defensa de extrínsecos"—, la motivación aceptable para el Código Penal es compatible con el carácter intencional del homicidio. En el derecho penal, el fundamento de la exclusión de la ilicitud es primordialmente objetivo⁴¹.

Más adelante se volverá sobre estas consideraciones, con ocasión de la exposición de la correcta interpretación de la Constitución. En este lugar basta con hacerse cargo de algunas contribuciones específicas sobre este particular.

La primera es el tratamiento que José Luis Cea Esguía hace del aborto con ocasión del examen del supuesto derecho a la vida del que está por nacer⁴². Este autor reconoce que en opinión mayoritaria de los redactores de la Constitución de 1980 el legislador no está constitucionalmente obligado a prohibir penalmente todo caso de aborto. No obstante, él sostiene que "el legislador siempre debe cautelar o proteger, incluso preventivamente, la existencia del ser humano que está por nacer". De aquí que considere que la Ley 18.826 "obró en términos coherentes" con ese deber. Es decir, Cea sostiene que la Constitución chilena impone al legislador el deber que sus redactores rechazaron incorporar⁴³. El fundamento de esta tesis sorprendente es que ese deber del legislador de prohibir penalmente en términos absolutos el aborto es un deber ineludible, porque lo propugna "el constitucionalismo". No es claro a qué se pueda estar refiriendo este autor con esta expresión. Tal vez sea esta una manera original de aludir a la doctrina del magisterio católico. En todo caso, evidentemente Cea no se está refiriendo a la jurisprudencia constitucional comparada o del derecho internacional de los derechos humanos.

Es un principio firmemente asentado en la jurisprudencia constitucional comparada y del derecho internacional de los derechos humanos el que el deber de tolerar el embarazo reconoce límites de exigibilidad⁴⁴. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán es sumamente representativa de esta tesis, como se verá más adelante. Curiosamente, el mismo Cea cita esa jurisprudencia en su obra, e incluso transcribe parte de sus considerandos. Sólo que omite mencionar y transcribir aquellos

⁴¹ Al respecto, Sergio Polanco Lefebvre, *El papel del factor subjetivo en los casos de justificación*, en: Luis Luján y el *Polanco Criminal y Reforma Penal*, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, p. 67, 107. Cabe señalar que lo mismo sucede en el contexto de la solución de conflictos de derechos constitucionales. El principio de proporcionalidad, impuesto por el carácter de principios de las normas sobre derechos fundamentales, opera sobre la base de consideraciones de carácter objetivo. En ningún caso se exige a los órganos del Estado, para justificar la abdicación de un derecho constitucional, que no ponga deliberadamente con su actuación afección dicho derecho.

⁴² *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 95, 108.

⁴³ Con peculiar lógica. Cea niega por una parte que en la historia ideológica del establecimiento de la Constitución conste un acuerdo en relación con la cuestión debatida, y por la otra reconoce que "ante el acuerdo de la Comisión de aprobar el texto en los términos del artículo 75 del Código Civil [...] el señor Guzmán manifestó su opinión contraria" *ibid.*, p. 98, nota 85, cursiva añadida.

⁴⁴ Para el derecho constitucional comparado, Antonio Bascurian, *Limites a la prohibición y sanción legal del aborto con respecto al derecho constitucional comparado*, 63 *Revista de Derecho Público* (2001), Tomo I, p. 209, 247, para el derecho internacional de los derechos humanos, Antonio Bascurian, *La política del día después*, *ibid.*, p. 74, 76.

pasajes en los cuales ese tribunal afirma la existencia de situaciones de inexistencia del deber de tolerar el embarazo. Quizás esa omisión se explique por la escasez de espacio, en una obra de más de seiscientas páginas.

La segunda contribución corresponde a un artículo de Salvador Mohor Almuad⁴⁵. Este autor sostiene que el *mastrum* es titular de un derecho a la vida que no está sujeto a limitaciones originarias (constitucionales), como la pena de muerte, pero que en cambio se encuentra expuesto a limitaciones derivadas (legales). Con la entrada en vigencia de la Ley 18.826, el derecho a la vida del *mastrum* se habría transformado "en el único derecho absoluto de nuestro sistema jurídico constitucional"⁴⁶. El nuevo Art. 119 C.S. derogó la antigua limitación derivada (el aborto terapéutico) sin que a su juicio sean aplicables al aborto las causas de justificación genéricas del Código Penal⁴⁷. La única posibilidad de justificar un aborto consentido conforme al nuevo Art. 119 se encontraría en la situación de aborto terapéutico indirecto. Esto es, el caso que satisface a la vez los requisitos del antiguo aborto terapéutico —en su interpretación restrictiva, se entiende— y la doctrina del doble efecto.

Esa conclusión, según Mohor, es incongruente con la finalidad de la Ley 18.826. Ello, porque la admisibilidad del aborto terapéutico indirecto "estimula y favorece básicamente el fraude a la ley"⁴⁸. El autor dedica cinco páginas a demostrar que la distinción entre aborto directo y aborto indirecto es inviable, ya que desde el punto de vista relevante para el derecho "las hipótesis del aborto directo e indirecto configuran esencialmente una misma cosa"⁴⁹. Sus argumentos en contra de esa distinción son fácilmente comprensibles, ya que en rigor no hacen sino expresar las conocidas razones por las cuales el derecho penal europeo continental equipara el dolo de consecuencias necesarias al dolo de propósito y formula el reproche de dolo en los casos de dolo eventual.

Como conclusión de su examen, Mohor sostiene que únicamente la culpa inconsciente respecto del resultado de muerte del feto puede excluir la ilicitud del aborto. En sus resultados el argumento es inobjetable: el aborto imprudente es atípico conforme al sistema de *numerus delictus* del Código Penal chileno⁵⁰.

Dejando de lado su incompreensión de la doctrina del doble efecto⁵¹, la postura de Mohor falla por la incorrección de su premisa básica, es decir, que en el plano de la Constitución la vida del *mastrum* sea

⁴⁵ *Reflexiones en torno a la prohibición del aborto en Chile*, en: *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (2005), 27 de octubre de 1989, Valparaíso, Editorial, 1990, p. 385-412.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 394.

⁴⁷ Mohor se refiere exclusivamente al estado de necesidad justificante agresivo (Art. 10 N° 7 C.D.), cuya aplicabilidad al derecho en atención a la exigencia de proporcionalidad del bien de protección. El argumento tiene sentido como rechazo de un posible estado de necesidad agresivo suprallegal, pero el estado de necesidad del Código Penal sólo permite atenuar justificadamente hechos de carácter patrimonial. Cabe señalar, además, que los argumentos de Mohor no son aplicables al estado de necesidad defensivo, como arriba se expuso.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 402.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 403.

⁵⁰ No equivoca este resultado es satisfactorio para la política criminal repressiva del autor. De *legis ferenda*, Mohor aboga por el establecimiento de la punibilidad del aborto imprudente.

⁵¹ La causal de esta doctrina es la concurrencia de una causa inordinada villosa que persigue un fin legítimo y proporcionando al efecto inderogado. Por tal razón, en una valoración global del hecho, conforme a la doctrina del doble efecto ese "dolo eventual" referido al resultado, si es que concurren los demás requisitos, es nuevo reprochable que cualquier "culpa", aun inconsciente, referida al mismo resultado, cuando no concurren los requisitos adicionales.

un derecho absoluto. La razón de ello es obvia: no se requiere una declaración expresa de la Constitución para que un derecho fundamental pueda verse limitado. Basta con que se dé una situación de colisión de derechos para que pueda plantearse la justificación de su limitación. La concepción de los derechos fundamentales que suscribe Mohor desconoce el mandato de optimización que domina la solución de los conflictos de principios.

La tercera contribución se debe a Luis Rodríguez Collao⁴⁸. Este autor parte de la tesis de que la Constitución equipara a las personas y al *masculino* como titulares del derecho a la vida, pero juiciosamente advierte que esa equiparación no implica la exclusión constitucional de la procedencia de causas de justificación que sean establecidas por la legislación. Si el homicidio puede cometerse licitamente, también podrá—en principio—serlo el aborto. Negar *a priori* esa posibilidad implicaría conceder al *masculino* más derechos que a las personas.

En todo caso, la Constitución contemplaría un margen muy restringido en el que el legislador puede válidamente establecer causas de justificación. Siguiendo la lógica de la ponderación de intereses del estado de necesidad agresivo, el autor sostiene que sólo podría justificar el aborto la intervención quirúrgica necesaria para salvar la vida de la mujer, lo que corresponde en su concepción al aborto terapéutico. Con todo, dada la infrecuencia de una situación semejante, a su juicio es preferible un régimen legal de exclusión de esta causa de justificación, como el establecido por el Art. 119 C.S. Para satisfacer las necesidades de impunidad en esos casos excepcionales bastaría, según Rodríguez, con reconocer una causa de exculpación.

Dejando de lado la incorrección de su interpretación de la Constitución chilena, la tesis de Rodríguez falla por dos razones elementales. En primer lugar, porque trata el conflicto de intereses como estado de necesidad agresivo, sin atender a su calidad de estado de necesidad defensivo y sin asignar al principio de autonomía rol alguno como límite a la ponderación de intereses. En segundo lugar, porque el reconocimiento de una causal de exculpación no es operativa respecto de los terceros que intervienen en la práctica del aborto⁴⁹.

Finalmente, cabe dejar constancia de la opinión más extendida entre los autores que defienden la tesis de la congruencia entre la Ley 18.826 y la Constitución de 1980/89, es decir, que la exclusión de causas de justificación para el aborto directo corresponde a un imperativo constitucional. Aquí puede citarse a Jorge Precht Pizarro⁵⁰, Osvaldo Rocco Pizarro⁵¹ y al memorista Pablo A. Urrutia Hering⁵². Estos autores estiman que el Art. 119 excluyó del derecho chileno cualquier justificación del aborto consentido que no satisfaga los requisitos de la doctrina del doble efecto.

⁴⁸ *El delito de aborto frente a la Constitución de 1980*, 14 Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (1991), 1993, p. 369-385.

⁴⁹ Conforme en este segundo punto, Pablo Andrés Urrutia Hering, *Fundamentación Médica Legal del Aborto Terapéutico*, Valparaíso: Memoria de Búsqueda para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso (inédita), 1993, p. 72-74.

⁵⁰ *Consideraciones filosóficas sobre el aborto terapéutico*, 19 Revista Chilena de Derecho (1992), p. 507-525.

⁵¹ *Médecina Legal*, Elementos de Ciencias Forenses, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 146.

⁵² *Op. cit.*, supra, nota 17.

En relación con la aplicabilidad de la doctrina del doble efecto, Urrutia asume una posición muy particular. Si bien reconoce el propósito legislativo de hacerla operativa como causal de justificación, niega su procedencia, debido a la equiparación que en el sistema jurídico chileno existe entre el dolo directo, el dolo de las consecuencias necesarias y el dolo eventual⁵³. Por tal razón, considera imprescindible el establecimiento de una causal de justificación que contemple como supuesto objetivo la situación de conflicto extremo de intereses entre la vida del *masculino* y la vida de la mujer⁵⁴.

Por último, Precht sostiene que por ser la Ley 18.826 "una conclusión derivada y necesaria" del Art. 19 No 1 de la Constitución no podría ser reformada sino por una ley de reforma constitucional⁵⁵. La tesis es por supuesto, errónea. El rango jerárquico de una norma se reconoce por su procedimiento de generación. La Ley 18.826 fue establecida en ejercicio de la potestad legislativa. Luego, es procedente su reforma por norma de rango legal.

4. Crítica de la tesis de la procedencia de causas de justificación del aborto consentido

En la actual doctrina penal chilena, la expresión más simple y radical de la exclusión del injusto del aborto en casos de intervención terapéutica se encuentra en la tesis de su atipicidad, debida a la actuación médica cubierta por la *lex artis*. Esta tesis, propuesta por Mario Garrido Montt⁵⁶, recuerda el tratamiento que se daba a la cuestión antes de la dictación del Código Sanitario: la desconformidad con la *lex artis* es un elemento negativo del tipo del delito de aborto (expresado en el requisito de actuar "maliciosamente"). Sin embargo, a estas alturas la tesis no puede ser considerada como correcta en sus propios términos.

En primer lugar, porque el fundamento de la exclusión de lo injusto de las intervenciones terapéuticas se encuentra en el consentimiento del ofendido: la idoneidad terapéutica de la intervención simplemente hace concluyente ese efecto del consentimiento. En segundo lugar, porque la intervención abortiva sólo es terapéutica respecto de la mujer embarazada, pero no del feto. Luego, sólo puede ser considerada como excluyente del injusto por las lesiones corporales infligidas a la mujer, pero no del injusto por la muerte del feto. Reconocer a la mujer embarazada autonomía para decidir acerca de la muerte del feto es negar la prohibición del aborto consentido. Pero la existencia de esa prohibición en el nivel de la regulación legal, expresada en los artículos 342 No 3 y 344 del Código Penal, y en el actual artículo 119 del Código Sanitario, no pueden dejar de producir efectos en la configuración de la *lex artis*. Este es el origen del problema: desconocerlo no es solucionarlo.

De modo subsidiario a la tesis anterior, Garrido plantea como solución alternativa la consideración del aborto terapéutico como un caso de ejercicio legítimo de un oficio⁵⁷. Ello, porque la finalidad de quien practica un aborto terapéutico no es causar un aborto, sino salvar una vida. En sus propios

⁵³ *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 84-85.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 522.

⁵⁶ Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 2002, pp. 118-119.

⁵⁷ Garrido, *op. cit.*, p. 119, nota 223.

términos, pues, la posición de Mario Garrido no parece ir ni un paso más allá de la doctrina del doble efecto. Cuán conciente esté este autor de las restricciones que impone ese modo de legitimar un resultado abortivo, eso es algo incierto⁴⁴.

La restauración del estado de cosas previo a 1931 requiere neutralizar los efectos prácticos del actual Art. 119 como regla de exclusión de causas de justificación para el delito de aborto. El intento de neutralización más categórico en la doctrina chilena es el propuesto por Juana Sanhueza Romero⁴⁵. Esta autora sostiene que el Art. 119 puede ser interpretado como una regla que cumple dos funciones. Por una parte, deroga la antigua causa de justificación. Por otra parte, reitera la norma prohibitiva subyacente a las normas sancionatorias del aborto, contempladas por el Código Penal. La prohibición de realizar una acción cuyo fin sea causar un aborto (Art. 119) no es más que la norma de comportamiento correlativa a la norma que ordena sancionar a quien maliciosamente cause un aborto (Arts. 342, 344, 345). Conforme a este análisis, la situación del derecho chileno posterior a la Ley 18.826 es idéntica a la situación del derecho chileno anterior a la entrada en vigencia del Código Sanitario en 1931. En consecuencia, la autora sostiene que el aborto terapéutico "continúa siendo un acto lícito por los mismos fundamentos".

La tesis es ingeniosa, pero en sus propios términos resulta inaceptable. En primer lugar, contraviene manifiestamente la finalidad del legislador histórico. En segundo lugar, priva al Art. 119, en tanto norma de comportamiento, de todo efecto práctico, al hacerla una norma redundante. En tercer término desconoce que entre el elemento subjetivo aludido por el Código Penal ("maliciosamente") y el elemento subjetivo aludido por el Art. 119 ("fin") existe una diferencia crucial: éste se refiere al resultado de muerte del feto; aquella, a la concurrencia de una situación justificante. Por esta razón, aun suponiendo que la antigua doctrina de la exclusión de malicia o abuso médico fuera aplicable, es evidente que siempre se requiere un complemento normativo extra-penal para justificar esa exclusión. Existiendo regulación legal de la profesión médica, ésta prevalece sobre cualquier consideración de la *lex artis*. El Art. 119 regula la profesión médica. Luego, en tanto *lex artis* de rango legal, su efecto práctico como norma de comportamiento no puede ser eludido⁴⁶.

Por su parte, Alfredo Echaberry⁴⁷ mantiene la tesis que sostuvo bajo la vigencia de los antiguos Arts. 226 y 119 del Código Sanitario. En su opinión, se encuentra justificado el aborto practicado como medio estrictamente necesario para salvaguardar la vida de la mujer en una situación de peligro actual o inminente. La Constitución de 1980/89 reitera ciertamente la atribución al interés en la vida del feto un peso específico tal que se justifique su sacrificio sólo como medio para evitar un peligro para la vida de la mujer⁴⁸.

⁴⁴ En su definición del supuesto del aborto terapéutico, Mario Garrido no sigue una concepción subjetivista: "es aquel resultado (...) cuando aparece necesario para mantener su vida [la de la mujer] que por su embarazo está en peligro, y que algunos estados también a la conservación de su salud psíquica o física" (*op. cit.*, p. 118).

⁴⁵ *Tratamiento jurídico del aborto terapéutico*, 187. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (1990), p. 27-33.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁷ Conforme, Urutia Hering, *Fundamentación...*, *cit.*, p. 77-79.

⁴⁸ *Op. cit.*, 3ª ed., 1996, Tomo III, p. 105-109.

⁴⁹ Esto no es contradictorio con la decisión negativa de Echaberry a reconocer al *maius* el carácter de persona, inalter del derecho constitucional a la vida (*op. cit.*, p. 91-93). Para el reforzamiento del peso específico de la vida del feto basta con la constatación de su calidad de objeto merecedor de protección conforme a la Constitución. La inclusión de un deber de

(Continúa en pag. siguiente)

Lo extraño es que mantenga esta tesis a pesar de la reforma introducida por la Ley 18.826 al Art. 119 del Código Sanitario. Según Echaberry, "en la motivación que sirve de preámbulo a la Ley 18.826" se reconocía que en los casos excepcionales en que la medicina no pudiera controlar el peligro para la vida de la mujer procedería aplicar las reglas generales del Código Penal. Echaberry no identifica el texto a que se refiere. El examen de la historia ideológica del establecimiento de la Ley 18.826 demuestra que dos son las reglas aplicables a los casos excepcionales, según la representación del legislador:

- (a) alguna causa de exculpación genérica del Código Penal; y
- (b) la doctrina del doble efecto, como causa de justificación establecida a *comparatio servus* en el propio Art. 119 CS.

Como ya se ha dicho, la causa de exculpación no se comunica al tercero interviniente, que no se encuentra en la situación de necesidad o de padecimiento de fuerza irresistible o miedo insuperable. En lo que respecta a la doctrina del doble efecto, Echaberry ni siquiera la menciona como restricción subjetiva de la justificación de la intervención abortiva terapéutica.

En su interpretación de la exposición de motivos de la Ley 18.826, Echaberry identifica en el Art. 10 No 10 CP, específicamente, en las hipótesis de ejercicio legítimo de un derecho (terceros cualquiera) u oficio (profesional de la medicina), la causa de justificación aplicable al caso de aborto terapéutico que él considera lícito.

La regla del Art. 10 No 10 CP no es una norma justificante, sino una metaregla: otorga prioridad a las normas del ordenamiento jurídico que autorizan a realizar las acciones u omisiones típicas por sobre las normas punitivas (o las normas de comportamientos a ellas subyacentes). Invocar el Art. 10 No 10 implica asumir el compromiso de identificar la(s) norma(s) que autorizan a realizar el comportamiento prohibido o a omitir el comportamiento ordenado, y en que en tal virtud configuran las causas de justificación. ¿Cuáles son esas normas, tratándose del "oficio" del profesional de la medicina o del "derecho" de cualquier tercero? Echaberry menciona como requisitos que deben reunirse para que la práctica de un aborto pueda ser considerada como legítimo ejercicio de un oficio los requisitos que anteriormente consideraba como condiciones de aplicabilidad del Art. 226/119 del Código Sanitario. Resulta, sin embargo, que dicha disposición ya no existe. Si algún efecto cabe atribuir al Libro V del Código Sanitario es la regulación de la medicina y las demás profesiones de la salud. Quien se remita a la *lex artis* no puede desconocer el efecto del nuevo Art. 119 C.S. sobre su configuración. ¿Cómo podría una regla consuetudinaria -en el caso que pudiera acreditarse- prevalecer sobre una prohibición legal expresa?

En lo que respecta a Francisco Gaisola, Juan Buitos y Sergio Politoff, la segunda edición de su obra⁴⁹ mantiene intactas sus consideraciones sobre el aborto terapéutico. En una exquisita muestra de anacronismo, ellos hacen caso omiso de la Ley 18.826.

En la obra más reciente de la Parte Especial del Derecho Penal Chileno, Sergio Politoff, Jean Pierre Maus y María Cecilia Ramírez⁵⁰ sostienen una tesis semejante a la de Echaberry. Aceptando la

protección del *maius* en la Constitución de 1980/89 hace indudable esa constatación. Eso sí, que Echaberry le atribuya el carácter de "bien jurídico protegido" por la Constitución (p. 106) es consecuencia de una decisión interpretativa; lo único indicante es que la Constitución le atribuye "valor suficiente como para establecer un deber de protección dirigido al legislador".

⁴⁹ Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 165-173.

⁵⁰ *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 90-92.

interpretación que éste hace de los antecedentes históricos de la Ley 18.826, estos autores sostienen también que la causa genérica del Código Penal aplicable al caso es el Art. 10 N° 10 CP en la hipótesis de "ejercicio legítimo de la profesión" (sic). Eso sí, en vez de conformarse—como Echeberry—con la men- ción de requisitos atribuidos a un supuesto jurídicamente inexistente, los autores identifican en el Art. 26 del Código de Ética del Colegio Médico el complemento normativo exigido por la metarregla del Código Penal. Esta disposición exige la intervención de un médico especialista, opinión conforme de dos médicos y carácter de medida terapéutica de la intervención abortiva.

La tesis de estos autores no es mejor que la de Echeberry. Si bien al menos indican una regla pragmáticamente identificable en un texto autoritativo, esa regla no puede ser considerada válida frente a la categoría prohibición del Art. 119 CS. Dejando de lado la aplicabilidad de las reglas casuísticas de las asociaciones gremiales a quienes no se encuentran afiliados a ellas, es claro que tienen rango jerárquico infralegal.

Pollnoff, Mantus y Ramírez disponen sin embargo de un argumento para excluir la pertinencia del Art. 119 CS como norma configuradora de la *lex artis*. En su opinión, la función de esta disposición no consiste más que en expresar, para un círculo restringido de destinatarios, la norma de comportamiento—eso es, la prohibición—que subyace al Art. 345 CP. De aquí, sostienen ellos, que no pueda producir el efecto de excluir la aplicabilidad de las reglas de la *lex artis*.

Esta es una variación del argumento de Juana Sanhueza, que en sus propios términos, resulta igual- mente inaceptable. Art. 345 prohíbe al facultativo causar un aborto "abusando de su oficio". El Art. 342 prohíbe a cualquiera causar un aborto "maliciosamente". La respuesta a la cuestión de qué sea un aborto causado sin abuso o sin malicia—en el sentido de la comisión redactora—requiere determinación norma- tiva extra-penal. ¿Cómo excluir de esa normativa a la regulación del Código Sanitario? Que el Art. 119 reproduzca para los médicos y profesionales de la salud la prohibición de causar un aborto implica, precisamente, la exclusión de situaciones en que se encuentran autorizados a causar el aborto. Sólo si se identifica un marco normativo que autorice a causar el aborto, ya sea a profesionales de la salud o a cualquiera, y que sea de rango jerárquico supralegal, oponible a la decisión de la junta de gobierno en 1989, puede neutralizarse su pertinencia como regla de la deontología médica en relación con la justifi- cación de intervenciones abortivas.

Por último, cabe señalar que el nuevo Código de Ética Médica, de 14 de diciembre de 2004, ya no contempla una disposición semejante a la citada por los autores, que corresponde al Código de Ética Médica de 1983. En su lugar, los nuevos Arts. 8° y 9° disponen lo siguiente:

Art. 8°. El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico.

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

Art. 9°. El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna².

² Nuevo Código de Ética del Colegio Médico de Chile, disponible en: <http://www.colgimedicos.cl>

Si algo puede deducirse de la consideración en conjunto del Art. 119 CS y el nuevo Código de Ética Médica, es que únicamente un aborto provocado bajo las condiciones requeridas por la doctrina del "doble efecto"³ puede ser reconocido como una acción lícita, o al menos no maliciosa, en el sentido del Art. 342 CP: ni abusiva, en el sentido del Art. 345 CP.

5. La correcta interpretación de la Constitución: el principio de la exigibilidad diferenciada

El fundamento de justicia política de la prohibición del aborto consentido no se deduce de la afirmación de la prohibición de dar muerte a un ser humano. La prohibición de matar es un deber de no causar un daño a otro. Sólo impone al destinatario una restricción de su libertad general de acción. La prohibición del aborto consentido implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro. No sólo le impone una restricción de su libertad de acción, sino que le exige una contribución al bienestar del feto que desde el punto de vista de la justicia política es propia de un deber de solidaridad.

Las exigencias que impone a la mujer el deber de tolerar el embarazo no tienen parangón con ningún otro deber de solidaridad del ordenamiento jurídico. En la regulación del Código Penal, por ejemplo, no existe un deber general de solidaridad en virtud del cual haya que tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos. El estado de necesidad agresivo—el paradigma de las causas de justifi- cación que imponen deberes de solidaridad—sólo permite justificar la afectación de bienes instrumentales (Art. 10 N° 7). Por su parte, la omisión de socorro—la sanción de la infracción al deber más elemental de solidaridad—reconoce como límite de sus exigencias que el auxilio requiera detrimento de los propios intereses: nadie está obligado a sacrificarse por socorrer a otro. Y sin embargo, la mujer embarazada debe tolerar la presencia de otro ser dentro de su cuerpo y el aprovechamiento de sus funciones vitales por ese otro ser. Ningún ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejantes respecto de otro ser humano nacido.

La pregunta, pues, de si el *maximizar* es o no persona, titular del derecho constitucional a la vida, no prejuga en sentido alguno la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. En tanto deber de solidaridad, ese deber excede el margen del deber conativo al derecho a la vida.

Es el caso, sin embargo, que la legislación impone ese deber de solidaridad a la mujer. El Código Penal chileno sanciona a la mujer que causa o consiente su embarazo. La Constitución de 1980/89 dispone por su parte que la ley debe proteger la vida del que está por nacer, y se encuentra fuera de discusión que desde el punto de vista de la Constitución la sanción penal del aborto es un modo legítimo de protección de la vida del que está por nacer. Luego, desde 1981 el deber de solidaridad impuesto por el Código Penal cuenta con una validación constitucional en el sistema jurídico chileno. El punto de partida es, pues, que todo embarazo no consentido implica una situación de estado de necesidad resuelta

³ Digno de nota es que el inciso segundo del Art. 8° no excluye la legitimidad del aborto practicado en defensa de intereses preponderantes de la mujer, en el sentido de la indicación terapéutica. Esta disposición obliga a optimizar el cuidado de ambos intereses en conflicto, tal como lo hace el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho constitucional. La institución "inmonedable para la ética médica ocular" se concreta en el Art. 9°.

por el legislador en contra de los intereses de la mujer, contando con el apoyo del orden constitucional. A partir de esta premisa, la pregunta que debe responderse a la luz de la Constitución es hasta dónde puede legítimamente llegar el sacrificio de los intereses de la mujer exigible como medio para salvaguardar el interés en la vida del feto.

A diferencia de la teología moral del magisterio de la Iglesia Católica, la Constitución Política de la República de Chile no impone una prohibición absoluta de dar muerte al feto y la doctrina del doble efecto es completamente ajena al derecho penal chileno. El derecho público chileno reconoce que la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es relativa y no asigna importancia alguna a la intencionalidad de la mujer como criterio para justificar la inexcusabilidad de ese deber.

¿Cuál es la respuesta que puede encontrarse en la Constitución a la pregunta por los límites del sacrificio exigible a una mujer embarazada?

Un primer modo de abordar esta cuestión es sostener que la Constitución prescinde de toda respuesta a esa pregunta, dejando la decisión del problema a la política legislativa. Es decir, que si bien la Constitución no impone una prohibición absoluta del aborto, tampoco impone autorizaciones para su comisión. Hay buenas razones para sostener que los redactores del precepto constitucional supongan que esta era la posición de la Constitución. Pero semejante tesis es, al menos en parte, manifiestamente inaplicable.

En primer lugar, la existencia en la Constitución de un imperativo de protección de la vida del *nascentum* 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 del aborto consentido conformes a la Constitución de las autorizaciones legislativas contrarias a la Constitución. La Constitución no es indiferente frente a cualquier autorización del aborto consentido que establezca el legislador. Esto marca la diferencia entre la Constitución chilena y la Constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica.¹⁵

En segundo lugar, si las excepciones a la prohibición de matar al *nascentum* se basan en supuestos de colisión de intereses, cuando los intereses de protección cuya defensa requiere la muerte del *nascentum* tienen rango constitucional, se trata de un conflicto de principios constitucionales. En la propia Constitución debe encontrarse, por lo tanto, el criterio para la solución de esos conflictos. Ese criterio se encuentra en una argumentación de ponderación de esos intereses o principios en conflicto. En esto, la situación bajo la Constitución chilena es esencialmente idéntica a la situación bajo la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, tal como es interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, "TCF").¹⁶

¹⁵ Al respecto, Antonio Bascurián, *Límites a la prohibición*, cit., p. 212-223.

¹⁶ El TCF ha dictado dos sentencias en relación con la constitucionalidad de los proyectos de ley despenalizando el aborto. La primera sentencia es del 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1) y la segunda, del 28 de mayo de 1993 (BVerfGE 88, 203). La primera sentencia es la que trata la cuestión del fundamento constitucional de la causa de justificación del aborto; su *ratio decidendi* es mantenida íntegramente por la segunda (al respecto, Bascurián, *Límites*, cit., p. 224-233).

El TCF considera que del juego de los Arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental¹⁷ se deduce para el Estado un deber de protección de la vida del *nascentum*. El cumplimiento de ese deber de protección requiere una prestación normativa por parte del Estado: el aborto debe ser prohibido por el derecho. La Constitución exige que esa protección sea dispensada aun en contra de la voluntad de la mujer embarazada. El cumplimiento del deber de proteger la vida del *nascentum* tiene prioridad sobre el cumplimiento del deber de abstenerse de afectar los intereses personalísimos de la mujer que no desea el embarazo.

Lo anterior significa que la Constitución impone al Estado el deber de exigir a la mujer embarazada el cumplimiento de ese deber de solidaridad que es correlativo a la prohibición de causar un aborto, cuando ella es su destinataria. Ese es exactamente el caso del derecho chileno, como se ha afirmado.

No obstante lo anterior, el TCF plantea dos salvedades.

En primer lugar, que la exigencia al Estado de prestaciones normativas como modo de satisfacer el deber de protección de la vida del *nascentum* no implica necesariamente el uso de la protección penal. Lo exigido es una protección adecuada, idónea, necesaria y proporcionada a la relevancia de la vida del *nascentum* como finalidad. Es posible que la protección penal resulte innónea o innecesaria, y dependiendo de la penalidad, incluso desproporcionada. La cuestión de qué prestación normativa es la que corresponde otorgar para satisfacer el deber de protección se encuentra entregada a la política legislativa democrática, bajo las restricciones derivadas del principio de proporcionalidad. Esta es una consideración relevante de *ley ferrea*. Ella demuestra la incorrección de los fundamentos esgrimidos por la moción que dio origen a la Ley 18.826, pero no incide de *ley lisa* sobre la cuestión de la licitud del aborto consentido.

La segunda salvedad si es pertinente al tratamiento de esa cuestión. El TCF sostiene que el deber de protección de la vida del feto que pesa sobre el Estado no implica la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo.¹⁸ Por el contrario, dado el carácter de auténtico conflicto de derechos que implica el embarazo, es posible que en circunstancias excepcionales los intereses personalísimos de la mujer adquieran un peso específico tal que se haga inexcusable ese deber de solidaridad que por general pesa sobre ella. En esos casos, según el TCF, la Constitución brinda el fundamento de la autorización estatal a la práctica del aborto como medio para salvaguardar esos intereses de la mujer. Los términos de la sentencia del TCF merecen ser transcritos:

[48] La obligación del Estado de proteger la vida en formación se mantiene —como ha sido expuesto— incluso frente a la madre. Aquí surgen sin embargo problemas particulares al aplicar el derecho penal, que se originan a partir de la singular situación de la mujer embarazada. Los efectos intrusivos del embarazo sobre el estado mental y corporal de la mujer son directamente visibles y no requieren

¹⁷ Art. 1, (1): La dignidad del hombre es inviolable. Respecto y protección es obligación del poder público". Art. 2, (2): Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. [...]

¹⁸ La tesis del TCF fue respaldada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Beggsman and Schuur v. The Federal Republic of Germany*, No. 6939/73. Esa decisión ha sido, a su vez, validada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Isa v. France*, No. 53924/00, de 8 de julio de 2004. Bajo los términos de la Convención Europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (1950), el precepto invocado para respaldar la consideración de la autonomía de la mujer como límite a la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es su Art. 8º-1 (derecho al respeto de la vida privada).

de mayor contenido. Usualmente conllevan una considerable alteración del plan global de vida y una restricción de las posibilidades de desarrollo personal. Esta carga no es siempre ni tampoco por completo compensada porque la mujer encuentre realización en su tarea como madre o porque tenga derecho a asistencia por la comunidad. Aquí pueden darse situaciones de conflicto graves, incluso que pongan en peligro la vida. El derecho a la vida del aún no nacido puede conducir a una carga para la mujer que sobrepase manifiestamente la medida que normalmente se encuentra vinculada al embarazo. Se plantea aquí la pregunta por la exigibilidad, o con otras palabras, la pregunta de si en tales casos el Estado puede forzar a la mujer a soportar el embarazo incluso por medio del derecho penal. La protección de la vida del no nacido se enfrenta con el derecho de la mujer a no ser coaccionada a sacrificar sus valores vitales en interés del respeto de ese bien jurídico. En semejante situación de conflicto, que en general no admite un juicio moral unívoco y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo adquiere el rango de una decisión de conciencia que debe ser respetada, el legislador se encuentra obligado a mantener una especial moderación. Si en esos casos el legislador no considera el comportamiento de la mujer como merecedor de pena y prescinde del derecho penal, ello debe ser considerado constitucionalmente en todo caso como el resultado de una ponderación que le es obligatoria.

[49] Para la determinación del contenido del criterio de la inexigibilidad deben sin embargo excluirse las circunstancias que no impliquen una grave carga para la mujer, debido a que representan la situación normal con la cual la mujer debe contar. Por el contrario, deben concurrir circunstancias de considerable peso, que dificulten a la afectada inusualmente el cumplimiento de su deber, de modo que no pueda razonablemente esperarse de ella. Esas circunstancias concurren especialmente cuando el cumplimiento del deber pone a la afectada en graves conflictos internos. La solución de tales conflictos mediante una amenaza penal por lo general no resulta adecuada (BVerfGE 32, 98 (109)).³⁷ porque aplica coacción extrema allí donde el respeto por la esfera de la personalidad del ser humano exige una total libertad interna de decisión.

Inexigible aparece la prolongación del embarazo en especial cuando se evidencia que la interrupción es necesaria para evitar un peligro para la vida de la mujer o el peligro de una grave afectación de su estado de salud. En ese caso se encuentra en juego su propio derecho a la vida y a la inocuidad corporal, cuyo sacrificio a favor de la vida aún no nacida no puede esperarse de ella. Más allá de este caso, el legislador puede libremente dejar impune el aborto en otras situaciones de inusual carga para la mujer embarazada que tengan una gravedad semejante desde el punto de vista de la inexigibilidad. Aquí cabe incluir en especial los casos (...) de las indicaciones eugénica, ética (criminológica) y de la situación de necesidad. [50] (...) El punto de vista decisivo es que en todos estos casos se hace valer un interés digno de protección conforme a la Constitución con tal intensidad, que el orden jurídico estatal no puede exigir a la mujer que conceda prioridad al derecho a la vida del no nacido bajo cualquier circunstancia.

³⁷ La sentencia aludida por el TFC es de 19 de octubre de 1971. En ella se reconoció la aplicabilidad del derecho fundamental a la libertad de conciencia como causa de exclusión de la ilicitud de una omisión de socorro típica conforme al parágrafo 330 c del Código Penal alemán.

También la indicación de la situación de necesidad general (indicación social) puede ser incluida aquí. Pues la situación social general de la mujer embarazada y de su familia puede originar conflictos de tal gravedad, que no sea posible forzar a la mujer mediante el derecho penal a un sacrificio en interés de la vida del no nacido más allá de una determinada medida. (...)»

Dado el contexto en que tuvo lugar la sentencia del TCF —control abstracto de normas, por requerimiento previo a la entrada en vigencia de la ley—, es evidente que la cuestión planteada se refiere primariamente al margen que la Constitución deja al legislador para autorizar la práctica del aborto consentido, pese al deber de protección de la vida del *machimus* que pesa sobre él. Lo central para nuestros intereses es la tesis del TCF del fundamento constitucional de esas autorizaciones, que se expresa en su consideración como autorizaciones basadas en juicios de ponderación de conflictos de intereses de relevancia constitucional. Si ese es el caso, entonces es obvio que se trata de ponderaciones vinculantes al legislador en todo el margen que ellas puedan válidamente serlo conforme al principio de proporcionalidad.³⁸

En otras palabras, dado que se trata de conflictos de intereses constitucionales, la validez de su solución por el legislador se encuentra sometida a control de constitucionalidad. En la solución de esos conflictos el Estado se encuentra obligado por un mandato de optimización: debe procurar la máxima realización posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas, de ambos intereses en conflicto. En la determinación precisa del grado y modo de esa optimización el legislador goza, sin duda, de una legítima prerrogativa de decisión. Pero dicha prerrogativa se encuentra enmarcada dentro de un rango de alternativas plausibles. Precisamente debido al mandato de optimización el legislador no puede resolver el conflicto de modo unilateral, sacrificando en toda circunstancia o por completo uno de esos intereses a favor del otro.

El conflicto que origina un embarazo no deseado es una situación peculiar, porque la salvaguarda aun limitada y parcial de los intereses personalísimos de la mujer embarazada implica el sacrificio total e irreparable del otro interés en conflicto, la vida del feto. Esta es la razón por la cual el TCF rechazó la solución del plazo, caso es, la consideración de un lapso como criterio determinante de una autorización para practicar el aborto. Conforme al principio de proporcionalidad, la solución era inadmisiblemente atendida la intensidad comparativa de la afectación de uno y otro intereses en conflicto. Esa es su razón para afirmar el deber de solidaridad de la mujer. No obstante, conforme al mismo principio de proporcionalidad, ese deber de solidaridad no puede afirmarse frente a toda circunstancia. La afectación de los intereses personalísimos de la mujer por encima del margen de afectación inherente al deber de solidaridad resalta la solución y plantea la posibilidad de otorgar legítima prioridad a los intereses de la mujer.

³⁸ BVerfGE 39, 1 (1973), 48-50, citado según: *Essenrichungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tübingen: J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1993, Tomo I, p. 394-396 (traducción personal del autor; las cursivas han sido añadidas).

³⁹ Acerca del principio de proporcionalidad como criterio de ponderación en conflictos de derechos constitucionales, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 157-172. Para un desarrollo posterior de la teoría de las normas sobre derechos fundamentales como principios, Martin Bendoric, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

La sentencia del TCF inequívocamente afirma que la indicación médica (terapéutica) es exigida por la Constitución. Otorgar prioridad al interés en la vida del feto en esos casos es inconstitucional. La sentencia del TCF afirma asimismo que las indicaciones eugénica y criminológica pueden tener el mismo peso que la indicación médica. Finalmente, afirma que incluso la indicación social, debidamente configurada, puede satisfacer el punto de vista decisivo según la Constitución: la afectación inusualmente intensa de un interés de la mujer digno de protección constitucional.

Por su mismo contexto, la sentencia del TCF no da respuesta a la pregunta de cuáles de estas indicaciones cabe reconocer como suficientemente fundadas en la Constitución y cuáles requieren una contribución del legislador para que sean judicialmente operativas.

Las consideraciones que siguen asumen esta interrogante e intentan darle una respuesta satisfactoria.

6. Consecuencias normativas

Conforme a la Constitución, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es una exigibilidad diferenciada. La medida de referencia de esa exigibilidad está dada por la propia configuración del conflicto de intereses conforme al fenómeno de la reproducción humana: un cierto margen y grado de afectación de intereses personalísimos de la mujer es inherente al estado de embarazo. La exigibilidad del deber de tolerar el embarazo implica la exigibilidad de la afectación de esos intereses, en ese margen y grado.

Cualquier situación en la que el embarazo origine para la mujer el sacrificio de sus intereses por encima del margen y grado determinados por la medida anterior pone en cuestión la exigibilidad del deber de tolerarlo.

El legislador es el órgano del Estado llamado a decidir estas situaciones de conflictos de intereses de relevancia constitucional. Entre 1931 y 1989, el legislador chileno dio una solución diferenciada, aunque el ámbito preciso cubierto por esa diferenciación nunca fue claro. A partir de 1989, el legislador chileno ha pretendido sacrificar unilateralmente los intereses de la mujer —cualquiera sea su margen y grado— a favor de la vida del *masculino*. Esa exigibilidad absoluta del deber de tolerar un embarazo es manifestamente inconstitucional. El orden constitucional exige ponderación de los intereses en conflicto bajo un mandato de optimización. Los supuestos de inexistencia del deber de tolerar el embarazo son la expresión de esa ponderación.

El orden de los supuestos de inexistencia, basados en la Constitución, corresponde al orden de la intensidad comparativa de la afectación de los intereses personalísimos de la mujer que puede traer consigo el embarazo. La máxima afectación es la que corresponde a la indicación terapéutica. Le siguen las indicaciones ético-jurídica y embriológica. El supuesto especial de menor intensidad de afectación comparativa es la indicación socioeconómica.

Antes de examinar las indicaciones se hace necesario revisar la aplicabilidad de la institución del estado de necesidad defensivo —en términos generales— a la mujer embarazada respecto del feto.

Finalmente, cabe plantear como cuestión de exigibilidad diferenciada el derecho de la mujer a una oportunidad razonable para tener la última palabra en torno a la exigibilidad del sacrificio de sus intereses personalísimos.

a. Justificación constitucional del aborto consentido en estado de necesidad defensivo

Para el caso extremo de aborto terapéutico, esto es, para el caso en que la muerte del feto sea el medio estrictamente necesario para evitar un peligro actual o inminente de muerte para la mujer embarazada⁹¹, no se requiere una causal de justificación especial. Basta con aplicar los criterios de ponderación y estricta necesidad de la institución del estado de necesidad justificante.

En caso de peligro para los propios intereses, si ello es imprevisible, es legítimo reaccionar contra la fuente de ese peligro, con tal que el mal que se causa (el bien de afectación) no sea superior al mal que se evita (el bien de protección). Esta es la situación del estado de necesidad defensivo. Dado que aquí no puede afirmarse una agresión ilegítima, no cabe la legítima defensa. Sin embargo, puesto que el afectado por la reacción defensiva no es ajeno a la creación del peligro, tampoco cabe aplicar las exigencias de ponderación del estado de necesidad agresivo.

En otras palabras, la situación de estado de necesidad justificante defensivo cubre todos los casos de intervención humana generadora de un peligro legal que no puedan ser considerados como una situación justificante conforme a la legítima defensa. La situación del feto cuya presencia o permanencia genera ese peligro para la mujer es uno de esos casos: está excluido de la legítima defensa porque no consiste en una "agresión" (el feto no es capaz de acción).

Luego, el fundamento constitucional de la justificación de este caso de aborto terapéutico se encuentra íntegramente en el principio de igualdad ante la ley (Art. 19 No 2 C.Pol.). Nadie tiene por qué tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente del peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, con tal que esos intereses tengan un peso específico menor o equivalente al peso específico de los intereses que se protegen. Denegar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria.

En la medida en que el Art. 119 del Código Sanitario, conforme a su redacción introducida por la Ley 18.826, restringe la aplicabilidad del estado de necesidad defensivo justificante a la mujer embarazada respecto del peligro legal actual o inminente procedente del feto es manifestamente inconstitucional.

b. Justificación constitucional del aborto consentido en situaciones excepcionales de inexistencia (indicaciones)

Lo que diferencia a las situaciones excepcionales de exclusión de la licitud del aborto (indicaciones) de la situación anterior es la consideración diferenciada del interés de autonomía de la mujer como límite a la ponderación de intereses a favor de la vida del feto.

⁹¹ La cuestión de si el peligro actual o inminente de afectación grave de la salud de la mujer es o no equiparable al peligro para su vida depende del peso específico que se atribuya al interés en la conservación de la vida del feto. Si la sanción penal correspondiente al atentado que conlleva una lesión de esos bienes es una medida válida de determinación de su peso específico, entonces —como en su momento lo sostuvieron Gamella, Bascos y Polinoff— el peligro de grave daño para la salud de la mujer es equiparable al peligro de muerte (ver *supra*, nota 70, c. véase, nota 84).

El principio de autonomía, en su significación como corolario de la igual dignidad de la persona, prohíbe la utilización de un ser humano como medio para realización de los fines de otro ser humano. Este principio pretende la condición de consentimiento deontológico, es decir, pretende desempeñar el rol de límite normativo a cualquier ponderación de intereses. Hasta donde esa pretensión sea válida, eso es algo controvertido²⁵. Sin embargo, a partir de un cierto margen de afectación de la incomunidad corporal dicho principio opera efectivamente como un estándar categórico. La prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la experimentación médica o del tratamiento terapéutico no consentidos, e incluso la prohibición de la transferencia de órganos a título oneroso, son expresiones de ese principio y de su operatividad como imperativo categórico. Por este mismo principio, nadie está obligado a tolerar intrusiones de consideración en su cuerpo.

La situación natural del ser humano en su primera etapa de desarrollo hace imposible la satisfacción de este principio, si se lo extiende al feto: o bien el feto debe morir para salvaguardar la autonomía y dignidad de la mujer, o bien esa debe ser afectada en su autonomía y dignidad para salvaguardar la vida del feto. El derecho se decide por eso último, obligando a la mujer embarazada a cumplir un deber de solidaridad que es único. Es decir, excluye, respecto de la mujer, el principio de autonomía como consentimiento deontológico a su ponderación de intereses a favor de la vida del feto.

Las indicaciones son situaciones en que ese deber de solidaridad deja de ser exigible. En otras palabras, son situaciones en que el principio de autonomía recupera su función de consentimiento deontológico, salvaguardando la dignidad de la mujer frente a la utilización de su cuerpo como medio para lograr la supervivencia del feto.

Tratándose del caso de peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada puede prescindirse de la consideración del principio de autonomía como consentimiento deontológico, porque basta con la aplicación de los estándares de ponderación de equivalencia y estricta necesidad del medio, propios del estado de necesidad justificante. Fuera de ese caso, no son dichos estándares, sino el principio de autonomía, el criterio que protege al afectado. Por regla general, tratándose de la mujer respecto del feto, el legislador ha excluido la aplicación de ese principio. Lo que hace el reconocimiento de las indicaciones es revertir esa exclusión. Por esa razón, no requieren satisfacer las exigencias del estado de necesidad defensivo.

2a. La indicación terapéutica

Esta indicación corresponde al caso del auténtico aborto terapéutico. Se trata de situaciones de afectación de intereses personalísimos relacionados con la vida, la integridad corporal o la salud de la mujer, distintos del peligro actual o inminente para su vida. Conforme al estándar del TCE, debe tratarse de supuestos de afectación cuya intensidad comparativa exceda el umbral de afectación que es inherente a todo embarazo.

El deber de solidaridad impuesto por el legislador a la mujer es el deber de tolerar el embarazo. Esto implica tolerar la afectación de sus intereses personalísimos dentro del umbral que es inherente a todo embarazo. Si en el caso concreto la intensidad de la afectación de sus intereses personalísimos rebasa ese umbral, deja de ser exigible el deber de tolerar el embarazo. El Estado no puede imponer legítimamente un deber de solidaridad supererogatorio a las exigencias que son propias del embarazo. Este es el fundamento normativo de la extensión de la institución del aborto terapéutico más allá de los estrictos límites del estado de necesidad defensivo. A la mujer embarazada no le es exigible más sacrificio de su integridad corporal y salud que el que impone por regla general un embarazo.

En todos los casos en que sea apreciable un exceso manifiesto por sobre ese umbral, no es exigible el deber de tolerar el embarazo. Conforme a la Constitución debe dejarse entregada a la autonomía de la mujer la decisión acerca de la prolongación o interrupción de ese embarazo.

Tal como la fórmula del TCE lo expresa, "un peligro para la vida de la mujer o el peligro de una grave afectación de su estado de salud", la indicación terapéutica no exige actualidad o inminencia del peligro, ni tampoco la estricta necesidad de la interrupción del embarazo como medio para evitar la concreción de ese peligro. El promisorio de peligro probable ya implica un trasceso del umbral de afectación de los intereses personalísimos de la mujer que es inherente al embarazo. Entrar en ese peligro es una decisión de conciencia de la mujer embarazada, que el Estado no puede exigir por la fuerza. Este es el preciso y legítimo ámbito de aplicación del aborto terapéutico.

De lo anterior se deduce que la interpretación estricta de la antigua disposición del Código Sanitario sobre aborto terapéutico era encaremente correcta. Desde el punto de vista del conflicto de derechos constitucionales, es la única interpretación conforme a la Constitución.

En la medida en que el Art. 119 del Código Sanitario, conforme a su redacción introducida por la Ley 18.826, restringe la aplicabilidad de la indicación terapéutica como situación justificante del aborto, es inconstitucional.

3a. La indicación ético-jurídica

Esta situación justificante corresponde a supuestos en los cuales la concepción del feto ha sido presumiblemente el resultado de una acción sobre el cuerpo de la mujer no consentida por ésta. El caso paradigmático de esa acción —de ahí la denominación de la indicación como "criminológica"— es el abuso sexual de la mujer.

El fundamento constitucional de la inextinguibilidad del deber de tolerar el embarazo en esta constatación de casos debe ser esclarecido. El criterio extendido consiste en considerar inextinguible tolerar las consecuencias de una acción sexual no consentida por la mujer. Este criterio puede obedecer a dos razones. Una de ellas es inadmisibles. La otra es susceptible de generalización.

La relación que existe entre el embarazo y la significación sexual de la acción no consentida no puede ser admisible como razón válida. No es la afectación originaria del resaca, decoro o casidad de la mujer embarazada lo que hace inextinguible a su respecto el deber de tolerar el embarazo. Esta no es una indicación *bona fide causa*, es decir, que protija la consideración social de la mujer en el marco de una

²⁵ Para un ensayo general y referencias bibliográficas, Rozán, op. cit., p. 692-694.

moral social que valora la abstinencia sexual. Sembrante fundamento es incompatible con un Estado de derecho que reconozca al pluralismo como uno de sus fundamentos. Tal es el carácter del Estado de derecho en Chile, conforme al Art. 19 N° 15 inciso 6° C. Pol. 1980/89.

La razón válida se encuentra en la relación que existe entre el embarazo y el abuso experimentado por la mujer, es decir, en el sometimiento de su cuerpo a la realización de la voluntad de otro. No es exigible el embarazo que es consecuencia del trato que se ha dado al cuerpo de la mujer como mero objeto. La afectación de la autonomía de la mujer que es inherente al embarazo se ve aquí intensificada exponencialmente por la afectación a su autonomía que dio origen a ese embarazo. Es en ese sentido que puede aceptarse la denominación de "indicación ético-jurídica", es decir, como indicación basada en la afectación de la dignidad de la mujer como agente autónomo.

De aquí que hagan procedente esta causa de exclusión de la licitud no sólo el padecimiento de acciones constitutivas de delitos de abuso sexual (violación, estupro, abusos sexuales)¹⁵, sino cualquier interacción coercitiva que sea causalmente idónea como acción reproductiva. En particular, la inseminación no sexual y la transferencia de embriones no consentidos quedan incluidas en este supuesto.

Ese es el contenido indiscutible de esta indicación, una vez esclarecido su fundamento de modo conforme a la Constitución. En tanto el Art. 119 del Código Sanitario, conforme a su redacción introducida por la Ley 18.826, excluye la aplicabilidad de este ámbito de contenido de la indicación como situación justificante del aborto, es inconstitucional.

Lo dicho vale de *lege lata*.

De *lege ferenda*, la indicación admite una consideración más amplia. La razón de esta indicación puede vincularse no ya a una consideración de carácter excepcional, sino en el presupuesto mismo de legitimidad de la exigencia del deber de tolerar el embarazo.

Es razonable sostener que ese deber de solidaridad se justifica, al menos en cierta medida, en atención a que la existencia del feto es consecuencia de la realización, por parte de la mujer, de una acción con eficacia reproductiva. Conforme a este punto de vista, la mujer que consiente una interacción sexual origina la posibilidad de la concepción y debe hacerse responsable de su concepción. Desde luego, este argumento no se encuentra libre de objeciones. Pero en este lugar lo que interesa es la consecuencia que se puede deducir de él, a *comparatio semis*, para justificar una interrupción del embarazo.

Si la responsabilidad de la mujer por la concepción de la posibilidad reproductiva es un fundamento del deber de tolerar el embarazo, entonces, cuando el feto puede ser verosimilmente considerado como el producto de una relación sexual no consentida por la mujer, ese deber deja de ser exigible. De aquí que esta indicación sólo pueda atender a la falta de consentimiento de la mujer en la realización (o tolerancia) de acciones con eficacia reproductiva.

Tal es, por cierto, el caso de los abusos sexuales, como también de la inseminación no sexual y de la transferencia de embriones no consentidos. Pero es también el caso del error invencible de la mujer acerca

de la idoneidad reproductiva en concreto de cualquier acción o interacción consentida en sí misma, pero sin consideración de su idoneidad reproductiva.

La extensión de esta indicación a estos otros supuestos es compatible con la Constitución, pero requiere la intervención del legislador. En primer lugar, porque la comprensión del deber de solidaridad de la mujer como un deber aceptado por ésta implica una fundamentación constitucional plausible, pero ajena a las representaciones del constituyente histórico. En segundo lugar, porque requiere una ponderación de la ausencia de consentimiento respecto de la concreta idoneidad reproductiva de la acción tolerada en relación con el consentimiento prestado a su realización al margen de esa consideración. Finalmente, porque el control institucional de la efectiva concurrencia de los requisitos que hacen procedente la indicación en casos como es exponencialmente más difícil que en los otros casos. La simple consideración de ponderación con base en la Constitución no alcanza a justificar la práctica del aborto en casos de concepción imprevista.

cc. La indicación embriopática

El TCF se refiere a esta situación como indicación "eugénica". Esa denominación es errónea o bien obedece a un fundamento inaceptable. La finalidad eugénica consiste en evitar el nacimiento de seres humanos defectuosos, conforme a algún estándar de calidad. El caso paradigmático de prácticas institucionales eugénicas es el del régimen nacionalsocialista alemán. La eugenesia es incompatible con el principio de la igual dignidad de todas las personas (Art. 1° C. Pol.). Una indicación eugénica sería manifiestamente inconstitucional.

La indicación embriopática atiende ciertamente a una malformación congénita del feto —una patología—, pero no se orienta a la realización de una finalidad eugénica. Su fundamento se encuentra en la afectación de la autonomía de la mujer que esa patología del embrión conlleva.

La determinación del alcance de esta indicación a la luz de su fundamento constitucional exige la intervención del legislador. No es posible, en el marco de la mera ponderación de intereses constitucionales, determinar qué patologías del feto conlleven una afectación de los intereses de la mujer tal que hace inexistente el deber de tolerar el embarazo y cuáles patologías no lo hacen.

No obstante, existe un reducido ámbito en el cual la ponderación de intereses permite justificar conjuntamente la prioridad de los intereses de la mujer por sobre el interés en la conservación de la vida del feto. Se trata de los casos en que la malformación del feto permite el pronóstico de su inviabilidad fuera del cuerpo de la mujer. La exigencia del deber de tolerar el embarazo en casos como sólo puede basarse en una consideración del respeto por la vida del feto de carácter trascendente o sobrenatural, ajena a su concepción como un presupuesto de la autonomía (potencial) de un ser humano.

En tanto el Art. 119 del Código Sanitario, conforme a su redacción introducida por la Ley 18.826, excluye la aplicabilidad de este ámbito de contenido de la indicación como situación justificante del aborto, es inconstitucional.

¹⁵ Cabe señalar que la extensión de la protección de la integridad sexual a personas menores de catorce años, introducida por la Ley 19.927 (2004), produce el efecto de hacer normativamente indiscutible el carácter abusivo de la relación sexual —aun de *facto* consentida— que origina el embarazo de una mujer menor de catorce años. Las mujeres menores de catorce años se encuentran, pues, por definición normativamente para interrumpir su embarazo conforme a esta indicación.

dd. La indicación socioeconómica

Esta indicación corresponde a los supuestos en que el embarazo y el nacimiento acarrearían para la mujer, y en su caso, también para su entorno familiar, graves consecuencias lesivas de su calidad de vida. Esta es, indiscutiblemente, la razón que con mayor frecuencia determina a las mujeres embarazadas a practicar el aborto. De aquí la trascendencia de la cuestión de su admisibilidad constitucional.

La decisión del TCF es correcta. En una ponderación de intereses no puede prejugarse *a priori* que las consideraciones de carácter socio-económico sean incapaces de lograr un peso específico que revierta la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. Esta también es una indicación constitucionalmente admisible.

Dudoso resulta, sin embargo, que sea una indicación impuesta por la Constitución. En el nivel del orden constitucional la correcta apreciación del peso específico de los intereses patrimoniales es aquella que les asigna un peso inferior al de los intereses personalísimos. Por tal razón, se hace difícil admitir con base exclusiva en la Constitución la preponderancia de intereses patrimoniales de la mujer frente al interés constitucional en la preservación de la vida del feto⁴⁵. Esa apreciación requiere una decisión democrática.

Lo dicho no impide, naturalmente, vincular la eventual afectación grave de la calidad de vida con un peligro futuro de grave daño para la salud de la mujer embarazada. La indicación terapéutica no está centrada al carácter puramente orgánico de las causas de ese efecto lesivo de la salud individual. En la medida en que esa vinculación sea verosímil, resulta aplicable al caso la indicación terapéutica y todo lo dicho arriba a su respecto.

c. Validación constitucional de la autorización legal del aborto consentido

El sistema de autorización del aborto consentido alternativo al sistema de las indicaciones es el sistema del plazo. Este se caracteriza por el establecimiento de un lapso, que por lo general cubre los primeros tres meses de gestación del feto, durante el cual la mujer se encuentra autorizada a interrumpir el embarazo, o al menos no corre el riesgo de ser penalmente sancionada por dicho aborto⁴⁶.

⁴⁵ Salvo, por supuesto, que se niegue la relevancia constitucional del interés en la preservación de la vida del *ser humano*, o que se lo estime como un interés colectivo o de rango inferior incluso a los derechos individuales patrimoniales. Lo primero se encuentra excluido. Aunque sea plausible sostener que la Constitución no dispensa protección normativa directa a la vida del feto, está fuera de duda que atribuye valor a la conservación de su vida. Es un interés de relevancia constitucional. Lo segundo, en cambio, es plausible, desde el momento que la Constitución no reconoce al *ser humano* la calidad de titular de un derecho subjetivo. No obstante, el hecho innegable de que el deber de protección sea la *comparación normativa* de la causa del derecho a la vida propia, la consideración del interés constitucional en su supervivencia como un interés de peso específico cercano al de los derechos fundamentales.

⁴⁶ Para el lapso del embarazo posterior al vencimiento de ese plazo recobra su aplicabilidad el sistema de las indicaciones, en la medida en que sea posible el accionamiento (o su consecución) sobreveniente de las situaciones justificantes. Por lo tanto, el sistema del plazo sólo sustituye necesariamente la indicación ético-jurídica.

Conforme a la jurisprudencia del TCF, la solución del plazo sólo es admisible bajo la exigencia de que sea un modo alternativo de satisfacción del deber de protección de la vida del *ser humano* que la Constitución impone al Estado. Eso requiere el establecimiento del sistema de plazo con consejo forzoso, es decir, de una autorización sujeta a un procedimiento que exige una entrevista de la mujer que se ha decidido por la práctica de un aborto con un funcionario público, cuya tarea es disuadirla de su decisión.

La existencia en la Constitución chilena de un deber constitucional de protección legal de la vida del *ser humano* impone, conforme al punto de vista del TCF, esa restricción a la admisión de la solución del plazo. Solo un plazo con consejo forzoso unido a una política social agresiva favorable a la maternidad puede resultar satisfactorio como modo de satisfacción de ese deber constitucional, alternativo a la protección penal⁴⁷.

Lo anterior implica, obviamente, que la admisibilidad del sistema del plazo requiere la intervención del legislador.

Dos son las interrogantes que abre la jurisprudencia del TCF:

En primer lugar, si el plazo puede configurar una auténtica autorización, o si sólo puede configurar un supuesto de impunidad, restando el carácter de "acción jurídicamente prohibida" del aborto consentido practicado dentro de plazo. Como es sabido, esta última es la posición del TCF⁴⁸. Si se compare esta tesis, ha de enfrentarse la cuestión de sus consecuencias para (a) la legitimidad de la salud y la mujer, (c) la validez del contrato de prestación de servicios entre el profesional de la salud y la mujer, (d) el régimen de salud previsional aplicable a las prestaciones abortivas. Estos son todos problemas de *long range*.

En segundo lugar, cabe preguntarse si la solución del plazo, aun sin consejo forzoso, no pueda ser defendida como una solución legítima ante la Constitución, es decir, como una solución admisible (o incluso exigible) del conflicto de intereses constitucionales que corresponde a la situación del embarazo no deseado por la mujer. Esa es la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Es también la posición del voto de minoría de los jueces Rupp-*v.* Brummett y Simon, pronunciado con ocasión de la sentencia de 1975 del TCF.

En el contexto de este artículo, dedicado a la demostración de la pertinencia de la jurisprudencia constitucional alemana al derecho chileno, esta pregunta debe quedar abierta.

d. Operatividad procedimental de las consecuencias normativas

Las consecuencias normativas arriba deducidas del principio de exigibilidad diferenciada —*supra*, secciones a y b— pueden tener distinta operatividad judicial, dependiendo de la tesis que se asuma en

⁴⁷ Esto presupone la consideración de la protección penal existente como un medio técnico de protección de la vida del *ser humano*, en el sentido del principio de proporcionalidad. Por tal razón, se abre la pregunta de si la demostración concluyente de la inidoneidad del derecho penal como modo de protección podría llevar al legislador del deber de su institución por otra forma de protección, o incluso, si esa demostración podría justificar sin más la inaplicabilidad (inaplicabilidad) de las normas penales del aborto. Que pueda contarse como "demostración concluyente" de la inidoneidad de la pena como modo de protección, esa es otra pregunta que debe quedar abierta.

⁴⁸ Este es el *holding* de la segunda sentencia del TCF (28 de mayo de 1973), *supra*, nota 75.

relación con la competencia de los tribunales de justicia para ejercer el control de constitucionalidad de la ley.

Si se considera que el carácter jurídicamente vinculante de la Constitución (Art. 6º C.Pol.) implica el reconocimiento de un sistema de control difuso de constitucionalidad, entonces las consecuencias normativas aquí expuestas tienen plena operatividad judicial. La inconstitucionalidad del Art. 119 del Código Sanitario puede y debe ser declarada por cualquier tribunal, y en su virtud puede y debe reconocerse como causa de justificación, por colisión de derechos fundamentales, la indicación que se examine suficientemente justificada por el peso específico del interés personalísimo de la mujer comprometido en el caso.

Destina es la situación si se sostiene —como es correcto a la luz del diseño institucional de la Constitución de 1980/89— que el derecho chileno establece un sistema de control concentrado de constitucionalidad de la ley. Bajo tal premisa, los tribunales carecen por regla general de competencia para declarar la inconstitucionalidad del Art. 119 del Código Sanitario. En tal situación, la defensa del acusado de la comisión de aborto consentido debería promover una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o promover el conocimiento del caso por una sala de la Corte Suprema, para que esa cierta de oficio esa competencia.

Si se opta por esta segunda consideración, no basta invocar el Art. 10 N° 10 del Código Penal para eludir el Art. 119 del Código Sanitario. Sin declarar inaplicable por inconstitucionalidad el Art. 119 del Código Sanitario no es posible construir una causa de justificación supralegal o por referencia a la ética médica.

Queda, sin embargo, una tercera vía para hacer judicialmente operativo el sistema de indicaciones aquí propuesto.

Recogiendo la sugerencia de Mario Garrido, en el sentido de la consideración de las indicaciones como elementos negativos del tipo del delito de aborto, la propuesta de Juana Sanhueza, en orden a restablecer el régimen legal previo a 1931, y la observación de Sergio Polinoff, Jean Pierre Marus y María Cecilia Ramírez acerca del carácter imperativo del Art. 119, puede distinguirse entre dos consideraciones jurídicas del aborto consentido: su consideración como delito y su consideración como infracción sanitaria.

Dado que la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo es incompatible con la Constitución, pesa sobre el intérprete de la legislación el deber de reducir al máximo esa incompatibilidad. La satisfacción de ese deber es la interpretación conforme a la Constitución²⁸. Desde un punto de vista sistemático, la manera más expedita de reducir la inconstitucionalidad introducida por el actual Art. 119

del Código Sanitario es limitando su potencial sancionatorio a la rama del derecho a la cual pertenece, esto es, el derecho sanitario.

El aborto punible se rige por el Código Penal, interpretado conforme a la Constitución. Es decir, no comete "maliciosamente" un aborto, ni comete un aborto "abusando de su oficio", quien comete un aborto en una situación de preponderancia de los intereses personalísimos de la mujer, contando con su consentimiento. La interpretación de esas disposiciones previas a 1931 recobra su aplicabilidad, sustituyéndose la referencia a la *lex artis* por la referencia al orden constitucional. En ese contexto, el Art. 10 N° 10 puede cumplir pacíficamente su función de metaregla.

En tanto no sea declarada inaplicable por inconstitucional, la prohibición establecida en el Art. 119 del Código Sanitario debe ser reconocida por el tribunal. Sin embargo, en una interpretación conforme a la Constitución, ese reconocimiento debe producir el mínimo efecto jurídico posible. Ese es su efecto como norma sanitaria sancionatoria. La infracción a lo dispuesto por el Art. 119 del Código Sanitario acarrea la sanción establecida en el Art. 174 del mismo Código, esto es, multa de un sueldo vital mensual hasta dos sueldos vitales anuales.

Por cierto, en tanto norma legal prohibitiva de una acción constitucionalmente permitida, el Art. 119 del Código Sanitario, así interpretado, sigue siendo inconstitucional. Ese residuo mínimo de antinomia no es eludible sin una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

²⁸ Se parte aquí de la base de que la interpretación conforme a la Constitución es imperativa, en tanto criterio sistemático de interpretación, para todos los tribunales, aunque carecen de competencia para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Debe reconocerse, no obstante, que la premisa no es segura. La interpretación de la disposición de rango inferior conforme a la norma de rango superior es en rigor un criterio de reducción de antinomias por aplicación indirecta del principio de jerarquía. Por eso es que la práctica de la interpretación conforme a la Constitución se justifica como decisión de deferencia frente al legislador (principio de conservación), por parte del tribunal con competencia para invalidar (o declarar inaplicable) la legislación. Su extensión a tribunales que carecen de esa competencia la priva de esa justificación.