

Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile

Lidia Casas Becerra
Delfina Lawson
(compiladoras)

Autores:

Agustín Squella
Lidia Casas Becerra, Lieta Vivaldi Macho y Juan José Álvarez Rubio
Ximena Gauché Marchetti
Verónica Undurraga Valdés
Yanira Zúñiga Añazco
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Ángela Vivanco Martínez
Manuel A. Núñez Poblete
Héctor Hernández Basualto
María Magdalena Ossandón Widow
Paola Bergallo

udp FACULTAD
DE DERECHO



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile

Lidia Casas Becerra

Delfina Lawson

(compiladoras)

1ª Edición, julio de 2016

1000 ejemplares

ISBN 978-956-314-350-8

Inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual N° 267575

Diseño y diagramación:

Gráfica LOM

Concha y Toro 25

Fonos: (56-2) 2672 22 36 - (56-2) 2671 56 12

Impreso en los Talleres de Gráfica LOM

Miguel de Atero 2888

Fonos: (56-2) 2716 96 95 - (56-2) 2716 96 84

Santiago de Chile

© Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro, su recopilación en un sistema informático y su transmisión en cualquier forma o medida (ya sea electrónica, mecánica, por fotocopia, registro o por otros medios) sin el previo permiso y por escrito de los titulares del *copyright*.

DEBATES Y REFLEXIONES EN TORNO A LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CHILE

LIDIA CASAS BECERRA
DELFINA LAWSON
(COMPILADORAS)

AUTORES:

AGUSTÍN SQUELLA
LIDIA CASAS BECERRA / LIETA VIVALDI MACHO / JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO
XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI
VERÓNICA UNDURRAGA VALDÉS
YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO
ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ
MANUEL A. NÚÑEZ POBLETE
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
PAOLA BERGALLO

LA LEGITIMIDAD DE LAS INDICACIONES DEL ABORTO Y SU NECESARIO CARÁCTER DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO¹

Abstract

El artículo defiende la legitimidad de las "indicaciones" que despenalizan el aborto en el proyecto de ley en actual tramitación parlamentaria y afirma que deben ser consideradas "causas de justificación", es decir, no sólo razones que eximen de castigo el aborto en ciertos casos, sino que establecen un derecho a practicarlo. Para lo primero arguye la necesaria ponderación de intereses ante una situación de conflicto insólita como es el embarazo no deseado, en cuanto sometimiento del propio cuerpo al bienestar de otro; para lo segundo razones tanto conceptuales (el carácter legítimo de la preferencia por el interés de la mujer en ciertos casos) como institucionales (la única manera seria de implementar el reconocimiento de la legitimidad de la decisión de la mujer en tales casos).

1. EL CONTEXTO, EL FOCO EN LA SITUACIÓN DE LA MUJER Y LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECIAL

Mediante mensaje de la Presidenta de la República, de 31 de enero de 2015, se inició la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley sobre "despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales" (en lo sucesivo, sólo "el Proyecto")². En lo fundamental, mediante el reemplazo del art. 119 del Código Sanitario (CS) y la introducción de una serie de normas complementarias, la iniciativa pretende despenalizar el aborto practicado por un equipo de salud con el consentimiento de la mujer embarazada en tres hipótesis: cuando el aborto evite un riesgo para la vida de la mujer embarazada, cuando el embrión o feto padezca una alteración

¹ Doctor en Derecho, Profesor titular de Derecho penal de la Universidad Diego Portales.

² Mensaje N° 1230-362, de 31 de enero de 2015 (Boletín N° 9895-11). En la tramitación parlamentaria el Proyecto ha sufrido modificaciones no despreciables, las que, sin embargo, no serán en general objeto de este trabajo.

estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina y cuando el embarazo sea resultado de una violación (caso este último para el que se prevé una restricción temporal).

De este modo se propone para Chile un sistema de "indicaciones" para despenalizar el aborto consentido por la mujer embarazada³, esto es, un sistema que supedita la no punibilidad del aborto a la verificación, por parte de un tercero, de supuestos de hecho taxativamente definidos e independientes de la sola voluntad de la mujer⁴. Concretamente, los tres supuestos previstos corresponden en lo fundamental, si bien con algunas diferencias relevantes, a lo que en el derecho comparado se conoce como "indicación terapéutica" (riesgo para la vida o la salud de la mujer), "indicación embriopática" (inviabilidad o riesgo de graves malformaciones del embrión o feto) e indicación "ético-social", "criminológica" o "humanitaria" (embarazo como consecuencia probable de un hecho ilícito perpetrado contra la mujer).

El derecho chileno ya conoció en el pasado, y desde antiguo, una "indicación terapéutica" derivada primero de una interpretación con base histórica de la exigencia de "malicia" prevista en el art. 342 del Código penal de 1874 (CP) y luego expresamente consagrada en la codificación sanitaria entre 1931 y 1989. En su última versión, correspondiente al art. 119 CS de 1968, la indicación se formulaba en los siguientes términos: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos". Sin embargo, esta disposición fue reemplazada en las postrimerías de la dictadura militar mediante la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989, con el

3 Como es sabido, y tal como es habitual en el derecho comparado, en general no existe discusión acerca de que el aborto practicado contra o sin la voluntad de la mujer embarazada debe constituir un delito grave. El único objeto genuino de intensa discusión en diversas latitudes es si debe también reprimirse y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones y en qué medida, el aborto consentido por la mujer embarazada o el que ella misma se practica. Las páginas siguientes se refieren exclusivamente al régimen de estos últimos supuestos, de modo que en lo sucesivo no se hará más la aclaración.

4 Opuesto a un "sistema de plazo", conforme al cual la mujer puede decidir libremente sobre la interrupción del embarazo dentro de un determinado plazo (sin perjuicio de que habitualmente se prevean, además, algunas indicaciones, por lo general más estrictas que las propias de un sistema de indicaciones, para el tiempo posterior) y, por cierto, opuesto tanto a un sistema que pudiera llamarse de "aborto libre" (decisión libre de la mujer sin restricciones de ningún tipo) como a uno de prohibición absoluta (aborto punible en todos los casos, sin perjuicio de la posible aplicación de eximentes de responsabilidad penal generales, aplicables excepcionalmente a cualquier delito). Sin perjuicio de loables esfuerzos para interpretarlo como uno de indicaciones (tendencialmente muy restringido, en todo caso), en Chile rige en la actualidad, *prima facie*, un sistema de prohibición absoluta.

propósito explícito de poner término, antes del retorno a la democracia, a la práctica de abortos terapéuticos, al menos de cualquiera que pudiera calificarse de "directo", en los términos de la controvertida doctrina moral del "doble efecto"⁵. Pues bien, el actual Proyecto busca reemplazar a su vez el art. 119 CS vigente desde entonces, que reza: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

De ahí que el aspecto estructural más novedoso de la iniciativa legal sea la consideración de las otras dos indicaciones, inéditas para el derecho chileno⁶, y que, junto con la terapéutica, constituyen el conjunto de hipótesis básicas que suelen prever los sistemas de indicaciones en el derecho comparado⁷. Si bien ya con anterioridad se habían presentado iniciativas legislativas que iban más allá de la reposición de la indicación terapéutica, varias de ellas en orden a despenalizar precisamente el aborto en estos tres supuestos⁸, es sólo con este Proyecto, de iniciativa presidencial, que se dan las condiciones políticas para una efectiva discusión legislativa más allá de los términos tradicionales⁹.

5 Una muy buena síntesis de la génesis del actual art. 119 CS, así como de la evolución anterior, se encuentra en Bascuñán Rodríguez, Antonio, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *Derecho y Humanidades* N° 10 (2004), pp. 143-181 (pp. 152 ss. y 144 ss.).

6 Sin perjuicio del reciente esfuerzo de Wilenmann, Javier, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XL (2013-I), pp. 281-319 (p. 308), por darle cabida *de lege lata* a la indicación embriopática cuando implica inviabilidad del feto.

7 El Proyecto no se aventura a proponer la, considerablemente más polémica, "indicación socio-económica".

8 Junto a varias mociones sobre aborto terapéutico desde el año 1991, las siguientes mociones proponen un sistema de indicaciones en los tres supuestos mencionados: del senador Ávila, de 19 de diciembre de 2006 (Boletín N° 4.751-11); de los senadores Girardi y Ominami, de 3 de julio de 2009 (Boletín N° 6.591-11); de los senadores Girardi, Lagos, Quintana y Tuma, de 21 de diciembre de 2010 (Boletín N° 7.391-07); de los senadores Gómez, Allende, Lagos y Rossi, de 2 de abril de 2013 (Boletín N° 8.862-11); de los diputados Saá, Muñoz, Pacheco, Ascencio, Castro, Cornejo, Gutiérrez, Núñez, Robles y Silber, de 7 de mayo de 2013 (Boletín N° 8.925-11); del senador Girardi, de 9 de julio de 2013 (Boletín N° 9.021-11); y de los senadores Girardi, Muñoz, De Urresti, Guillier y Quintana, de 30 de junio de 2014 (Boletín N° 9.418-11). Incluso, recientemente se ha propuesto un (técnicamente muy defectuoso) sistema de plazo mediante moción de los senadores Allende, Muñoz, Guillier y Quintana, de 5 de agosto de 2014 (Boletín N° 9.480-11).

9 Cabe hacer presente, en todo caso, que las comisiones de académicos convocadas por los dos últimos gobiernos para la elaboración de un Anteproyecto de nuevo Código Penal propusieron por mayoría de votos el establecimiento de un sistema de plazo. El gobierno del Presidente Sebastián Piñera no siguió la propuesta de su comisión en el Proyecto de nuevo Código Penal presentado al Congreso el 11 de marzo de 2014, donde se mantiene un sistema de prohibición absoluta. A su vez, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet no ha presentado todavía un Proyecto de Código

La ampliación de las indicaciones en cuestión tiene consecuencias significativas para el debate, no sólo por la ampliación obvia del objeto del mismo, sino porque implica un importante desplazamiento del foco y del núcleo de los argumentos de la discusión. La primera consecuencia de la ampliación es, desde luego, que permite superar el relativo estancamiento que padece la discusión en torno a la reintroducción del aborto terapéutico. Como se sabe, gracias a los avances de la medicina, la frecuencia de situaciones que exijan un aborto terapéutico "directo" es muy baja, lo que unido a que no es posible saber cómo se tratan efectivamente esos pocos casos en la práctica de los centros de salud, y a que la doctrina penal mayoritaria, al menos la expresada en obras generales, no extrae mayores consecuencias prácticas del cambio legislativo y entiende que el aborto terapéutico sin distinciones sigue siendo lícito conforme a las causas generales de justificación¹⁰, hace que en los hechos el debate parezca algo intrascendente.

Desde luego, esto no significa que la cuestión no sea de la mayor importancia. Basta un único caso en que la preservación de la vida de la mujer embarazada pase por la producción "directa" del aborto para que la regulación del art. 119 CS resulte simplemente aberrante¹¹, y esto con independencia de que el caso se resuelva *de facto*, sin recurso al sistema penal¹². No es casual, por ello, que durante la

Penal, aunque es previsible que, de hacerlo, persistirá en el sistema de indicaciones. El trabajo de ambas comisiones aún no se ha hecho público.

- 10 Así, Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal*, 3ª edición (Editorial Jurídica de Chile), Santiago, 1998, T. III, p. 105 ss.; Garrido, Mario, *Derecho penal*, T. III, 4ª edición (Editorial Jurídica de Chile), Santiago, 2010, p. 119 s.; Bullemore, Vivian y MacKinnon, John, *Curso de Derecho penal* (LexisNexis), Santiago, 2005, T. III, p. 39; y Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, 3ª edición (Thomson Reuters), Santiago, 2014, T. I, p. 97 ss.; en contra, sin embargo, en razón del carácter vacío del art. 10 N° 10 CP y la modificación del art. 119 CS, Balmaceda, Gustavo, *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Librotecnia), Santiago, 2014, p. 70 s.; y aparentemente también Del Villar, Waldo, *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Edeval), Valparaíso, 2009, T. I, p. 99. En cambio, en la literatura monográfica sobre el tema, hasta donde se alcanza a ver, salvo Sanhueza, Juana, "Tratamiento jurídico del aborto terapéutico", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 187 (1990), pp. 27-33 (p. 32 s.), quien elaboró una de las variantes del argumento, nadie parece compartir la supuesta opinión "mayoritaria", sin perjuicio de la simpatía que se pueda tener por los resultados a los que arriba. Que esto no tenga consecuencias prácticas demuestra que los casos en cuestión son, en efecto, muy excepcionales, o que se tratan al margen del escrutinio jurídico.
- 11 Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 173, afirma que, en esa medida, el precepto es manifiestamente inconstitucional.
- 12 Como sugiere Ossandón, María Magdalena, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", en AA. VV., *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes, N° 27 (2015), p. 163, cuando luego de afirmar que el aborto

tramitación de lo que llegaría a ser la Ley N° 18.826, el argumento central en favor de la regulación que se impuso no haya sido la injusticia intrínseca del aborto en esos casos, ni menos la justicia intrínseca del sacrificio de la mujer, sino más bien la *negación* de la hipótesis de conflicto, con el argumento de que los avances de la medicina habrían erradicado en la práctica esa posibilidad¹³. Pero, como es obvio, un único caso hace imprescindible una enmienda legal, a menos, claro está, que se esté de acuerdo con que el derecho chileno, de modo insólito, *obligue* a la mujer a inmolarse en aras del embrión o feto, aunque luego eventualmente no la castigue si no cumple con su deber y no se sacrifica¹⁴.

Con todo, es evidente que la discusión de otros supuestos de despenalización del aborto, más allá del ámbito terapéutico, permite una discusión más consciente sobre las razones fundamentales para una despenalización. Incluso en lo que concierne al propio aborto terapéutico, la discusión de nuevos supuestos es una

directo para salvar la vida de la madre no puede ser justificado sino a lo más exculpado (p. 161 s.), a propósito de si es necesaria o no una regulación que extienda la eventual exculpación a los facultativos que intervienen en el aborto, la desecha, entre otras razones, "porque la práctica ha demostrado que ni siquiera se plantea una posible responsabilidad penal en situaciones como la descrita".

- 13 Véase Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 18.826*: p. 8 (Informe técnico de 6 de julio de 1988), p. 72 (Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, de 9 de agosto de 1988), p. 108 (Informe de la Comisión conjunta), p. 133 (Presentación de la 1° Comisión, de 5 de abril de 1989), p. 148 (Informe de la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica de Chile, de 12 de agosto de 1989), p. 168 (Informe complementario de la Comisión conjunta, de 16 de agosto de 1989) y p. 171 ss. (Acta de la sesión de 17 de agosto de 1989).

- 14 Como hace Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 161 s., porque, como luego se destacará, "no matar" en este caso implica necesariamente inmolarse en favor del otro. La autora parece intuir que semejante deber es insostenible, cuando expresa que se trataría de situaciones que "no parecen admitir regulación alguna" (p. 162 con nota al pie N° 52), pero es claro que un Estado en forma no puede dar esa respuesta. Acepta también la punibilidad general del aborto directo en estos casos García, Gonzalo, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", en AA. VV., *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes, N° 27 (2015), p. 247, con lo cual parece desautorizar su afirmación inicial (p. 225 s.) en cuanto a que sería un mito que el derecho vigente prohíba y criminalice casos en los que la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la madre. Tampoco se puede compartir, en consecuencia, el criterio de Rodríguez Collao, Luis, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, T. XIV (1991-1992), pp. 369-387 (p. 385), a quien, no obstante reconocer tanto la legitimidad de una causa de justificación en casos de conflicto entre la vida de la mujer y la del *nasciturus* como la posibilidad concreta del caso, le basta con que éste sea "infrecuente" para preferir que sólo opere una eventual causa de exculpación.

buena ocasión para retomar un debate que, puesto el foco de la discusión reciente exclusivamente en el caso extremo de riesgo actual para la vida de la mujer, había quedado interrumpido en Chile, concerniente al tratamiento que han de recibir casos menos extremos pero sin duda muy sensibles, como son aquellos en los que el riesgo para la vida de la mujer no es actual sino sólo potencial o, más en general, cuando se trata de riesgos de consideración para la salud de la mujer, eventualmente “sólo” psicológicos y no físicos¹⁵. Más aún, la sola consideración de las otras indicaciones y la naturaleza de las mismas dejan en evidencia lo incongruente que resulta que el Proyecto restrinja explícitamente la indicación terapéutica a supuestos de riesgo sólo para la vida de la mujer y no también para su salud.

La segunda consecuencia para el debate de esta ampliación de los supuestos a despenalizar es que la propia naturaleza de dichos supuestos realza *la difícil situación de la mujer embarazada* que se encuentra en la encrucijada de abortar o soportar un embarazo no deseado, situación que ahora pasa a ocupar un lugar central en el debate. Porque no sólo sirve de punto de partida para quienes promueven una retirada al menos parcial del derecho penal en la materia, sobre la base de hacer prevalecer dentro de ciertos límites la decisión de la mujer por sobre la vida del que está por nacer¹⁶, sino que también ha sido de algún modo incorporada en el discurso de quienes se oponen a cualquier cambio en el régimen jurídico-penal del aborto.

Así, por ejemplo, desde esa perspectiva se sugiere que la invocación de los derechos y la libertad de la mujer embarazada para la despenalización no serían más que pretextos para que el Estado se desentienda del apoyo y acompañamiento que debería ofrecerle a la mujer que enfrenta el conflicto, al punto de imponerle el aborto al dejarla sola con su problema y, por añadidura, sometida a la presión que implica que esté sólo en manos de ella resolverlo¹⁷. Al mismo tiempo, parece

15 Una completa presentación del estado de la discusión antes de 1989 en Bascuñán Rodríguez, “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, *op. cit.*, p. 148 ss.

16 Tal es, manifiestamente, el *leitmotiv* de la iniciativa legal del Ejecutivo.

17 Lo ha sugerido también van Weezel, en Hermosilla, Juan Pablo y van Weezel, Alex, “Contrapunto: el aborto terapéutico”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 (2009), pp. 205-208 (p. 207), al llamar la atención respecto de que en un sistema de salud con pocos recursos terapéuticos, el aborto sería la solución más sencilla y barata, de modo que si abortar es una alternativa elegible entre otras, la opción por una alternativa distinta, más cara y riesgosa, podría incluso verse como una irresponsabilidad de la mujer y de los médicos, con lo cual, a su juicio, “la permisión del aborto termina por convertirse en un ‘deber de abortar’”; de algún modo también lo dice Ossandón, “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”, *op. cit.*, p. 164 s., al instar por un régimen que concentre los esfuerzos “para ofrecer otras formas de ayuda, apoyo o acompañamiento, para permitir a la mujer y al niño

expresarse algún grado de comprensión por las mujeres que deciden abortar cuando se hace presente que el difícil trance por el que atraviesan con seguridad recibirá suficiente consideración por parte del sistema penal, afirmándose incluso que, en rigor, no sería necesario modificar la legislación vigente. No sería efectivo, como pretendería la propaganda pro-aborto, que el derecho chileno reprime siempre y en todo caso el aborto; por el contrario, éste contendría mecanismos más que suficientes para hacerse cargo, comprensivamente, del drama personal que afecta a la mujer que aborta¹⁸.

Conviene disipar, sin embargo, posibles malentendidos al respecto: cualquier forma de "empatía" con la mujer embarazada que aborta, aun la más mínima, pasa necesariamente por que se modifique el régimen legal del aborto consentido por ella, en términos de una restricción más o menos intensa de la respuesta punitiva. Por cierto que puede exigirse que el Estado acompañe y apoye a las mujeres que se encuentran en la situación de un embarazo no deseado, también, sin duda, con el propósito de evitar el aborto, pero posibles deudas del Estado a este respecto no pueden servir de argumento para defender la persecución penal del propio Estado contra las mujeres que no fueron acompañadas ni apoyadas, ni menos puede considerarse un signo de genuina preocupación por ellas. Porque, en lo concerniente a la supuesta capacidad de comprensión del derecho vigente, la mujer que decide abortar y lo hace debe contar a todo evento con que: 1° habrá de hacerlo en condiciones clandestinas y con estándares de seguridad dependientes exclusivamente de sus contactos sociales y sus medios económicos, y en todo caso, sin garantías de ningún tipo; y 2° que habrá un procedimiento penal dirigido en su contra y, en principio, una condena.

Respecto de lo primero, se puede responder que los riesgos de una actividad delictiva para quien la realiza no constituyen en sí mismos argumento contra el *status* delictivo de la misma, pero sin duda no pueden dejar impasible a quien pretende ser de algún modo comprensivo con la mujer que aborta, porque entiende que ésta enfrenta un dilema extremadamente difícil¹⁹.

superar ese momento de dificultad y salir adelante de la mejor forma posible", y que procure "que ninguna mujer embarazada se encuentre en una situación tal de desamparo, angustia, conflicto o contrariedad, que sienta que no tiene más opción que acabar con la vida de su hijo".

18 Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, pp. 158 ss. y 164 s.; también Ossandón, María Magdalena, "Aborto y justificación", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 (2012), pp. 325-369 (p. 360).

19 El punto sirve, en todo caso, para desechar el paralelo planteado desde esta perspectiva entre la mujer que aborta y el ladrón de cables de alta tensión en Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 359, con cita a García Caverio y Núñez Poblete: los casos no son en absoluto comparables porque,

Acerca de lo segundo, que eventualmente el hecho no sea descubierto (lo que por regla general supone que no haya complicaciones que requieran intervención médica), que eventualmente el procedimiento penal pueda terminar antes del juicio (las penas del aborto consentido y la posible concurrencia de circunstancias atenuantes permiten, en principio, que se arribe a una salida alternativa que impide la realización del juicio), que con algo de suerte este procedimiento pueda no dar lugar a privación ni restricción de su libertad ambulatoria, que la sentencia pueda eventualmente ser absolutoria si se tiene por configurada una causa eximente de responsabilidad penal o que, aun en caso de condena, con una alta probabilidad ésta no implicará privación efectiva de libertad, son posibilidades que no alteran en absoluto el hecho fundamental de que la mujer que aborta es, conforme al derecho vigente, sujeto de persecución penal del mismo modo que si hubiera cometido cualquier otro delito. Nadie matizaría seriamente el carácter delictivo de una conducta en razón de la (siempre posible) aplicación de institutos procesales alternativos al juicio penal o de la (siempre posible también) concurrencia de causas eximentes de la responsabilidad penal. Entonces lo único que puede afirmarse en favor del régimen vigente desde la perspectiva de la consideración del conflicto que atraviesa la mujer embarazada, es que éste no implica necesariamente que en el caso concreto habrá "cárcel" para la mujer que aborta, lo que, sin embargo, implica el mismo grado de "comprensión" que se tiene respecto de cualquiera que incurre en una conducta delictiva.

Quien estime que a la mujer embarazada no se le puede evitar este camino, al margen de la realidad y gravedad de su conflicto, está ciertamente en su derecho, pero debería sincerar su discurso y no incluir en él una supuesta preocupación por el drama de la mujer.

No puede sino ser desconcertante que estas contingencias, que pueden favorecer a cualquier delincuente, sean lo único que se le pueda ofrecer a la mujer, cuando se tiene presente la especificidad del conflicto en que ésta se encuentra frente a un embarazo no deseado y que es lo que explica que la preocupación por su situación sea, al menos en el discurso, supuestamente compartida por todos los sectores. A diferencia de lo que ocurre con el resto de los delitos, el conflicto implicado en el aborto consentido por la mujer se caracteriza por dos factores: en primer lugar, porque no afecta de modo más o menos excepcional a alguna persona en particular, sino

a diferencia de lo que ocurre con la mujer embarazada y el que está por nacer en el embarazo no deseado, según luego se dirá, ni la existencia ni el dominio de otro sobre los cables de alta tensión representan una afectación de los derechos del ladrón. El deber de éste de abstenerse de robar no es comparable con el deber de aquélla de soportar la situación que afecta sus derechos.

que compromete potencialmente a *todas* (pero a la vez sólo a) las mujeres fértiles y es un conflicto radical, con consecuencias siempre muy profundas para ellas; y en segundo lugar porque, como luego se desarrollará, el deber de tolerancia que se le impone a la mujer es único e incomparable con cualquier otro deber positivo reconocido por el ordenamiento jurídico.

Es este carácter estructural y radical del conflicto al que se ven expuestas las mujeres y sólo las mujeres, lo que lo hace incomparable con otras circunstancias conflictivas del tipo de aquéllas que se recogen en las reglas generales de los códigos penales sobre exención excepcional de la responsabilidad penal. Y es lo que explica también que, como muestra el derecho comparado, en cualquier Estado que se haga cargo genuinamente de la situación de la mujer que enfrenta un embarazo no deseado, el régimen penal del aborto por decisión suya no queda entregado a la simple aplicación de las reglas generales, sino que se aborda en una *regulación especial*, sea en la propia codificación penal, sea en la legislación sanitaria a la que aquélla se remite. Incluso si se estuviera por una interpretación del derecho vigente que, contra lo que parece indicar su letra, resultara especialmente considerada con la mujer embarazada y redujera de modo significativo el riesgo de condena, sigue siendo imperiosa la necesidad de una legislación especial que provea de la *certeza* que de ningún modo la legislación en vigor puede ofrecer, como único camino razonablemente seguro para impedir no ya sólo la condena de la mujer y de los terceros que actúan con su anuencia, sino, sobre todo, *el procedimiento penal* mismo en su contra, al menos como regla general.

Como certeramente ha reconocido Wilenmann, los esfuerzos de reconstrucción racional del derecho chileno en materia de aborto, orientados hacia la mayor consideración y respeto de los derechos de la mujer, aunque encomiables, no lograrían ir más allá de un "modelo de justificación discursiva", que de ningún modo puede satisfacer las necesidades de certeza procedimental que la materia demanda²⁰.

De ahí que, aunque el objeto central de este artículo sea, como su nombre lo indica, afirmar que los supuestos previstos por el Proyecto y bajo los cuales ha de decaer la punibilidad del aborto deben considerarse causas de *justificación* y que es

20 Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 318; en cambio, se muestra contraria a una intervención legislativa que además de proveer impunidad sea "operativa", aunque al parecer sólo respecto a la afirmación de un derecho al aborto como prestación de salud y no necesariamente para efectos penales, Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 164.

necesario que la ley exprese esto con toda claridad, no puede perderse un instante de vista que lo realmente fundamental desde el punto de vista del mejoramiento del *status* jurídico de la mujer es, sin duda, que se tipifiquen explícitamente y en términos lo más objetivos posibles, los casos en que el Estado renuncia a la pretensión de exigirle que siga adelante con el embarazo no deseado. Si tales casos responden a la lógica de lo que en dogmática jurídico-penal se conoce como causa de justificación, de una causa de exculpación o disculpa o, en fin, de otra categoría dogmática que acarree impunidad, es por cierto una pregunta de la mayor importancia conceptual y práctica, como se tratará de ilustrar luego, pero indudablemente secundaria en comparación con la indispensable superación de un régimen de prohibición general sólo limitado por la eventual aplicación de eximentes igualmente generales.

Porque a pesar de la enorme distancia conceptual existente, por ejemplo, entre el denominado estado de necesidad exculpante del art. 10 N° 11 CP, que es la causa de exculpación que en general se reconoce llamada a tener amplia acogida respecto de mujeres cuyo conflicto con el embarazo no deseado las lleva a abortar²¹, y una causa de justificación indiscutida como es la legítima defensa propia del art. 10 N° 4 CP, en la práctica ambas eximentes operan en términos idénticos, ya que por regla general sólo se sabe si tendrán cabida al cabo del proceso penal. Solamente la tipificación de *causas eximentes objetivas y específicamente construidas en torno al aborto*, lo que es perfectamente posible gracias a que se conocen bien los casos extremos de conflicto propios del embarazo no deseado, puede servir de filtro razonable del proceso penal y puede, en consecuencia, ofrecer una dosis mínima de seguridad a las mujeres que se encuentran en tales situaciones y a quienes intervienen en la práctica del aborto.

Un sistema de *indicaciones*, en particular uno tan moderado como el previsto por el Proyecto, parece ser el paso mínimo que debe dar un ordenamiento jurídico genuinamente preocupado por la situación de la mujer que vive la encrucijada del embarazo no deseado al que se le agregan circunstancias extremas.

Para prevenir suspicacias terminológicas, en las páginas siguientes se entenderá por "aborto" la producción de la muerte del embrión o feto anidado en el útero de una mujer (en lo sucesivo, también *nasciturus* o el que está por nacer), sea

21 Hernández, Héctor en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general* (Thomson Reuters), Santiago, 2011, "Art. 10 N° 11", p. 273; Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 361; y Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 163.

directamente, sea como consecuencia asumida de su expulsión. Cuando se hable sin mayores precisiones de "interrupción del embarazo" se entenderá lo mismo. Por último, en la medida en que el derecho vigente (art. 344 CP) equipara ambos casos y los argumentos de fondo son los mismos, en las explicaciones siguientes en general no se distinguirá entre casos en que la mujer embarazada consiente que otro practique el aborto y los menos usuales en los que ella misma lo practica, de modo que cuando se hable de la mujer que "aborta" o "decide abortar" debe entenderse también el caso normal en que una mujer consiente o decide consentir la práctica del aborto por parte de un tercero.

2. LOS POSIBLES SENTIDOS DE LA "DESPENALIZACIÓN" Y LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

El Proyecto habla de la "despenalización" del aborto bajo ciertas circunstancias, es decir, emplea un concepto no técnico que simplemente expresa que en tales supuestos el aborto deja de ser punible, sin mayores precisiones. Pero las razones por las cuales una conducta genéricamente descrita en un tipo penal puede no ser punible en el caso concreto son de naturaleza muy variada, como variadas son también las consecuencias que, más allá de la no punibilidad de la conducta, se derivan de la naturaleza específica que se le asigne a la razón "despenalizadora". Si se prescinde de categorías dogmáticas menos consolidadas²², se pueden mencionar al menos tres distintos tipos de razones para la no punibilidad de una conducta, de naturaleza y consecuencias bien disímiles.

Así, puede entenderse por "despenalización" la mera prescindencia de pena por razones político-criminales o de conveniencia social. Es lo que sucede con las llamadas *excusas legales absolutorias*, como es el caso de la regla del art. 489 CP, que consagra la no punibilidad de delitos no violentos contra la propiedad o el patrimonio entre miembros de una misma familia, supuestos en que no se puede dudar del carácter ilícito y plenamente reprochable del hecho, pero que, atendidas las consecuencias aún más disruptivas para las relaciones familiares que cabe esperar de la intervención penal, se ha considerado prudente eximir de pena. Que el hecho siga siendo inequívocamente ilícito explica la expresa subsistencia de la responsabilidad civil, así como que el afectado pueda defenderse legítimamente, incluso de modo

22 Como las que pueden verse en Laurenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible* (Bosch), Barcelona, 1990, p. 172 ss.: ámbito libre del derecho, presupuestos negativos de merecimiento de pena y causas propias de exclusión de lo ilícito penal; en tanto que ella misma se decanta, siguiendo a Bacigalupo, por la llamada responsabilidad por el hecho (pp. 321 ss. y 327 ss.).

violento, del ataque contra su propiedad o patrimonio, y que, como también se declara expresamente, la impunidad no favorezca a intervinientes ajenos a la familia.

También puede entenderse por "despenalización" la no punibilidad basada en el reconocimiento de que la persona que incurre en una conducta inequívocamente ilícita se encuentra en una situación que impide que se le pueda dirigir un reproche justo por haberla ejecutado. Es lo característico de las *causas de exculpación o disculpa*²³, tales como el trastorno mental, tanto permanente como transitorio (la "locura o demencia" y la "privación total de razón" del art. 10 N° 1 CP), la incapacidad por minoría de edad (art. 10 N° 2 CP), el llamado error de prohibición invencible, la fuerza irresistible y el miedo insuperable (art. 10 N° 9 CP) y el "estado de necesidad exculpante" (art. 10 N° 11 CP). El carácter ilícito de la conducta en todos estos casos está fuera de discusión, es decir, la valoración que el ordenamiento jurídico hace de ella se mantiene inalterada; lo único distinto es que, a pesar de tratarse de un hecho contrario a derecho, hay razones poderosas en virtud de las cuales se puede "comprender", al punto de "disculpar" al que lo ha perpetrado. Pero como el hecho sigue siendo ilícito, nada obsta a que subsista la responsabilidad civil por el mismo, que proceda la legítima defensa frente a él o que, al menos en principio, la disculpa sólo favorezca al interviniente a quien afecta la circunstancia, si bien la reciente regulación del "estado de necesidad exculpante", introducida mediante la Ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010, extiende inequívocamente, bajo ciertas condiciones, el efecto eximente a otros intervinientes²⁴.

Pero la "despenalización" también puede significar el reconocimiento de que la persona que realiza la conducta tiene el *derecho* a realizarla, con lo cual simplemente pierde su carácter ilícito. Esto es lo que se conoce como una *causa de justificación*, en virtud de la cual la conducta en general prohibida se reconoce como conforme a derecho, como legítima. Las consecuencias de este efecto justificante deben ser, como es obvio, diametralmente diferentes a las de una excusa legal absolutoria o de una causa de exculpación o disculpa. Si el hecho es lícito lo es para todos y para cualquiera, de manera que cualquier interviniente en el mismo no hace más que actuar de modo completamente legítimo, lo que explica que no pueda dar lugar a

23 Conceptualmente se suele distinguir entre causas de exculpación y causas de disculpa, pero en este contexto las expresiones se emplean como sinónimas.

24 En efecto, la circunstancia cuarta del art. 10 N° 11 CP exige: "Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa". Lo destaca Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 361; y Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 163.

responsabilidad civil, al menos no con fundamento en un hecho ilícito. Y tampoco puede haber legítima defensa ante él, pues la legítima defensa supone una agresión *ilegítima*; más bien es a la inversa, ya que es la conducta tendiente a impedirlo la que en principio constituye una agresión ilegítima, ante la cual sí cabe la legítima defensa. Dicho de un modo coloquial, se trata de la diferencia entre "respaldar" y simplemente "comprender".

Ahora bien, de la descripción somera de estos grupos de razones y de sus consecuencias queda en evidencia la enorme trascendencia práctica de asignarle a los supuestos previstos por el Proyecto una determinada naturaleza jurídica y no otra. Como ya se ha adelantado, la tesis del presente trabajo consiste en que tales supuestos constituyen *causas de justificación*, así como que, en todo caso, debieran configurarse explícitamente como tales, para asegurar que se interpreten siempre de ese modo. Las razones conceptuales y valorativas que dan sustento no sólo a la plausibilidad sino también a la *legitimidad* de la tesis se presentan en el apartado siguiente (*infra* 3), pero no puede dejar de mencionarse aquí que la consideración de las indicaciones para un aborto no punible como causas de justificación es la única coherente con una política pública que asume como un deber estatal la protección de la salud y la dignidad de la mujer que decide abortar. Porque, en efecto, sólo si se acepta que en los casos especialmente tipificados la mujer tiene *derecho* a abortar, es posible garantizar una serie de condiciones indispensables para la configuración de una tal política pública.

Así, por ejemplo, del carácter lícito del hecho depende que la interrupción del embarazo pueda constituir una prestación de salud que la mujer que se encuentra en la situación prevista por la ley puede *exigir*, al menos frente al sistema público de salud, en la misma medida en que son exigibles otras prestaciones de salud y bajo las mismas condiciones, pues, evidentemente, sólo puede haber derecho a la práctica de una actividad lícita. Y no sólo eso. La licitud de la prestación parece ser presupuesto básico para que, en un Estado de Derecho, los órganos estatales puedan efectivamente prestarla, organizándose y disponiendo personal y recursos de todo tipo al efecto. En la misma línea, del carácter lícito del aborto en los supuestos previstos por la ley depende también que los deberes previstos para los profesionales de la salud, con independencia del modo en que se regulen los efectos de una eventual objeción de conciencia, sean asimismo exigibles, en la medida en que nadie puede ser obligado no sólo a realizar de propia mano una conducta ilícita, sino que tampoco puede ser obligado a contribuir a que otro la realice.

Pero mucho más importante, sin duda, que la exigibilidad o inexigibilidad de los deberes profesionales asociados al aborto por decisión de la mujer embarazada, es la necesaria configuración de un *marco jurídico seguro* para los profesionales de la salud llamados a practicar el aborto, a quienes, por cierto, no sólo les interesa no ser perseguidos penalmente por las intervenciones que practican en los supuestos previstos por la ley, sino que también y en primera línea que se reconozca que no han hecho nada indebido al practicarlas, esto es, que han actuado conforme a derecho. A esto se conectan como mínimo importantes consecuencias propias del derecho civil, tales como la validez (en cuanto posee objeto lícito) de la relación jurídica en virtud de la cual realizan la intervención y perciben la retribución correspondiente al ejercicio de su profesión, así como también que no tengan sustento posibles acciones civiles en su contra (al menos por daño moral) por parte de quienes aleguen un interés legítimo en la conservación de la vida del que está por nacer, como podrían ser otros ascendientes (padre o abuelos, por ejemplo), lo que sí tendría sustento si no se remueve uno de los requisitos básicos de la responsabilidad extracontractual, como es la existencia de un hecho ilícito.

Por último, lo más delicado de todo es que, no obstante la declaración de no punibilidad del aborto en los supuestos previstos por la ley, la afirmación de la subsistencia de su carácter ilícito deja abiertas de par en par las puertas para un amplio espectro de acciones en defensa del que está por nacer, acciones que pueden ser coactivas e incluso violentas en contra de los profesionales involucrados o de la propia mujer, y que, al margen de las posibles dudas sobre su correcta calificación jurídica²⁵, ciertamente podrían alegar mayor o menor legitimidad para sí en la medida en que al menos tienen razón en cuanto a que constituyen una reacción contra un acto no punible pero *ilícito*.

A veces no se le toma suficientemente el peso a estas consideraciones y se las descalifica como simples cálculos político-criminales o de ingeniería social²⁶, en circunstancias que una función fundamental de todo ordenamiento jurídico es precisamente dar certezas en cuestiones difíciles. De ahí que incluso en ordenamientos que no están dispuestos a reconocerles el carácter de causas de justificación a los supuestos de aborto no punible, la conciencia de los deberes mínimos en la materia de un Estado serio termina imponiendo que se provean estas certezas básicas por otros medios, aun a costa de la coherencia conceptual. Es lo que, por ejemplo, ocurre

25 Se puede discutir, por ejemplo, que el que está por nacer sea un pariente o un extraño cuya "persona o derechos" puedan ser defendidos legítimamente en los términos del art. 10 N° 5 o 6 CP.

26 Así, en parte, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 359, con referencia a García Caveró.

nítidamente con el régimen general de plazo del derecho alemán. En Alemania, el establecimiento de un sistema de plazo es el resultado de un diálogo nada de fácil entre el legislador y el Tribunal Constitucional Federal²⁷, tribunal que ha puesto especial énfasis en el deber estatal de proteger la vida del que está por nacer. Es así como en su primera sentencia sobre aborto, de 1975 (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975), el tribunal declaró contraria a la Constitución la ley que establecía un sistema puro y simple de plazo, y luego sólo aceptó un sistema de estas características, en el contexto de los ajustes legislativos que impuso el proceso de reunificación de los dos estados alemanes a partir de 1989, en la medida en que estuviera asociado a una consultoría obligatoria para la mujer (BVerfGE 88, 203, de 23 de mayo de 1993), aunque aclarando al mismo tiempo que la no punibilidad del aborto en estos casos *no podía establecerse como una justificación* del mismo, con lo cual afirmó su carácter de hecho fundamentalmente *ilícito* (p. 273 y ss. y 278 y s.).

Pues bien, lo que interesa destacar en este contexto es que, a pesar de esta aclaración tan tajante y sensible a la distinción entre justificación y exculpación o disculpa, en el mismo fallo el tribunal se ve obligado a hacerse cargo de buena parte de las consecuencias problemáticas de la afirmación del carácter ilícito del aborto practicado bajo las circunstancias previstas por la ley, y lo hace de un modo prácticamente idéntico al que correspondería si el aborto bajo esas condiciones fuese lícito.

En efecto, si bien declara expresamente que la mujer no tiene derecho a exigir que la práctica del aborto sea financiada por la institución de salud previsional correspondiente, al mismo tiempo declara que sería una decisión legítima del legislador que la mujer pudiera acudir a la ayuda social si no está en condiciones de costear el aborto (p. 321) y que en relación con el mismo tuviera derecho a licencia médica pagada (p. 324 s.). Declara, además, que el Estado está obligado (porque es una tarea estatal) a ofrecer posibilidades amplias y efectivas para que la mujer que opta por el aborto pueda practicárselo (p. 328). En otro orden de consideraciones, lo que probablemente sea lo más importante desde un punto de vista del derecho penal, declara también que la ley debe garantizar que no puedan tener lugar posibles acciones de defensa o ayuda del que está por nacer contra la mujer o su médico (p. 279). Por último, en lo concerniente a los intereses de los profesionales de la salud, afirma la validez del contrato en virtud del cual el médico y otros profesionales practican el aborto (p. 295), a lo que cabría agregar que, mediante un fallo posterior

27 Para un panorama de la evolución, por todos, Eser, Albin en Schönke / Schröder, *StGB-Kommentar*, 28ª edición (Beck, München, 2010, "Vor § 218 ff.", n° marg. 2 ss.

(BVerfGE 98, 265, p. 362 y ss., de 27 de octubre de 1998), se reconoció la práctica del aborto como objeto posible del ejercicio de la libertad de trabajo (art. 12 de la Constitución alemana), al declararse que atentaba contra dicha libertad una regulación que obligaba a los médicos dispuestos a practicar abortos a solicitar una autorización estadual.

Ciertamente este cuadro no resulta coherente, como se ha encargado de destacar críticamente la literatura alemana²⁸, parte de la cual incluso sostiene que, a pesar de las declaraciones solemnes, el aborto que cumple los requisitos legales está justificado²⁹. Pero tiene, en todo caso, la virtud de poner en evidencia la importancia de las cuestiones involucradas en la precisión del tipo de "despenalización" que se está introduciendo y por qué el legislador no puede desentenderse de ellas. Y parece confirmar, también, que la única manera coherente de dar certeza y atender a las necesidades de la mujer que enfrenta el aborto es a través del reconocimiento de las indicaciones como causas de justificación.

3. INDICACIONES COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como ya se ha adelantado, aquí se sostiene que las indicaciones habituales en un sistema de indicaciones, y en particular las previstas por el Proyecto en actual tramitación, deben considerarse causas de justificación, lectura que viene confirmada por el propio texto de la iniciativa, en cuanto declara que el facultativo se encuentra "autorizado" para interrumpir el embarazo en tales casos. A continuación se desarrollan las razones que sustentan este aserto.

3.1. Derecho comparado: ordenamientos sensibles a la distinción entre justificación y exculpación con indicaciones

Si se analiza el estado de la discusión en ordenamientos que prevén o han previsto un sistema de indicaciones y que a la vez comparten la tradición de distinguir conceptualmente entre causas de justificación y otras causas de no punibilidad, se puede apreciar que la clara tendencia es hacia el tratamiento de las indicaciones como causas de justificación. Así, por ejemplo, se entendió mayoritariamente en España

28 Al respecto, con detalle, Merkel, Reinhard en Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich (editores), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, 4ª edición (Nomos), Baden-Baden, 2013, "§ 218 a", n° marg. 55 ss.

29 Así Merkel, "§ 218 a", *op. cit.*, n° marg. 63 s., con referencias jurisprudenciales (civiles) y a otros autores que mantienen la misma opinión.

mientras rigió el sistema de indicaciones (terapéutica, ético-social y embriopática, aunque esta última más amplia que en Chile, incluyendo riesgo de malformaciones), introducido al Código de 1973 en 1985 y que se mantuvo sin modificaciones bajo el Código de 1995³⁰ hasta la consagración del actualmente vigente sistema de plazo mediante la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³¹.

En el derecho italiano rige hasta hoy un sistema de indicaciones, introducido mediante la Ley N° 194, de 22 de mayo de 1978, para la protección social de la

30 Si bien el Código penal de 1995 trajo consigo una nueva tipificación de los delitos de aborto (arts. 144 a 146), dejó inalterado el régimen de indicaciones de 1985 por la vía de mantener excepcionalmente la vigencia del art. 417 bis del Código de 1973 que lo contenía (disposición derogatoria única, 1 a). El art. 417 bis del Código de 1973, introducido mediante Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, era del siguiente tenor: "1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1° Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. // En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2° Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3° Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

31 Antes de 1995, con especial detalle (aunque mantiene otra opinión, que ha permanecido aislada, respecto de las indicaciones distintas de la terapéutica en caso de riesgo vital para la mujer), Lorenzo Copello, *El aborto no punible*, op. cit., p. 143 ss.; véase también, como exponentes de la amplia opinión dominante, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición (Tirant lo Blanch), Valencia, 1990, p. 88; y Cobo del Rosal, Manuel y Carbonell Mateu, Juan Carlos, en Vives Antón, Tomás (coordinador), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición (Tirant lo Blanch), Valencia 1990, p. 583. Con el Código de 1995, esta interpretación se vio confirmada por la referencia a los casos "permitidos" por la ley en el art. 145, cfr. Lascrain Sánchez, Juan Antonio, en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (director), *Comentarios al Código Penal* (Civitas), Madrid, 1997, "Art. 145", p. 425; y Valle Muñiz, José Manuel, en Quintero Olivares, Gonzalo (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª edición (Aranzadi), Elcano, 1999, "Libro II, Título II", p. 76; diferenciadamente, en cambio, Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Mailla, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición (Dykinson), Madrid, 2006, p. 90 ss. (causa de justificación sólo en la indicación terapéutica).

maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Aunque la única indicación prevista para la interrupción del embarazo dentro de los primeros 90 días del mismo es la indicación terapéutica, ésta se formula en términos significativamente más laxos, en la medida en que se parte de un peligro serio para la salud física o síquica de la mujer que, por un lado, se establece atendiendo "a su estado de salud, a sus condiciones económicas, sociales o familiares, a las circunstancias en las que ha ocurrido la concepción o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido", y, por otro, permite que ese estado pueda asociarse no sólo a la continuación del embarazo o al parto, sino también a "la maternidad" (art. 4)³². Pues bien, aunque la mencionada laxitud, que para algunos implica que en los hechos rija en Italia un sistema de plazo³³, ha dado lugar a alguna controversia³⁴, la opinión ampliamente dominante entiende que se trata de causas de justificación respecto del delito de aborto consentido "sin la observancia" de los requisitos legales, previsto en el art. 19 de la ley especial³⁵.

En el caso de Portugal, a través de la Ley 6/1984, de 6 de mayo, se introdujo en el Código Penal de 1982 un sistema de indicaciones, considerando específicamente una indicación terapéutica (art. 140.1 letras a) y b), distinguiendo grados de necesidad e imponiendo restricciones temporales en supuestos de menor necesidad), una indicación embriopática (art. 140.1 letra c), que incluía, con restricciones temporales, razones eugenésicas) y una indicación ética (art. 140.1 letra d)). Con modificaciones menores que incluyen cambios en la numeración de los preceptos (el artículo clave es ahora el 142)³⁶, este sistema subsistió como sistema único de no punibilidad del aborto consentido por la mujer hasta que por Ley 16/2007, de 17 de abril, se introdujo un sistema de plazo que opera en paralelo (nueva letra e) del art. 142.1: cuando la

32 Adicionalmente, conforme al art. 6, puede verificarse la interrupción voluntaria del embarazo después de los primeros 90 días "cuando el embarazo o el parto implicaren un peligro grave para la vida de la mujer" (letra a)) y "cuando se hubieren comprobado procesos patológicos, incluidos los relativos a anomalías relevantes o malformaciones del *nasciturus*, que determinaren un peligro grave para la salud física o síquica de la mujer (letra b))".

33 Zanchetti, Mario, en Crespi, Alberto, Stella, Federico y Zuccalà, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale* (CEDAM), Padova, 1992, "Interruzione della gravidanza", Art. 4, I 5; y Tartara, Valeria, en Dolcini, Emilio y Marinucci, Giorgio (editores), *Codice penale commentato*, 3ª edición (IPSOA), Milano, 2011, t. III, "L. 22 maggio 1978, n. 194", Art. 4, n° marg. 11 s.

34 Aunque al parecer sólo *de lege ferenda*, como se desprende de la detallada toma de posición de Zanchetti, "Interruzione della gravidanza", *op. cit.* [introducción], VIII, 4.

35 Zanchetti, "Interruzione della gravidanza", *op. cit.* [introducción], VIII; Tartara, "L. 22 maggio 1978, n. 194", *op. cit.*, Art. 19 n° marg. 6, con referencias; véase también Art. 4, n° marg. 2, 20 ss.

36 Debidas al DL 48/1995, de 15 de marzo, y a la Ley 90/1997, de 30 de julio.

interrupción del embarazo fuera realizada "por opción de la mujer" dentro de las primeras 10 semanas del embarazo)³⁷. Durante el período en que dicho sistema rigió como sistema único, también existió amplio consenso en el seno de la doctrina portuguesa en cuanto a que las indicaciones propiamente tales constituían causas de justificación, lo que venía fuertemente sugerido por la ley de 1984, que preveía para el art. 140 del Código el epígrafe "exclusión de la ilicitud del aborto", epígrafe que si bien fue reemplazado por la legislación posterior, no ha traído consigo un cambio de opinión³⁸.

El asunto también es pacífico en ordenamientos que combinan un sistema de plazo con indicaciones, como es el caso de Austria y Suiza. En el primer caso, el § 97 del Código penal prevé la no punibilidad del aborto practicado por personal médico, por una parte, dentro de los primeros tres meses de embarazo luego de una asesoría médica (plazo) y, por la otra, en cualquier tiempo, cuando sea necesario para evitar un peligro serio para la vida o un daño grave para la salud corporal o síquica de la embarazada, o exista un peligro serio de que el niño sea gravemente dañado corporal o síquicamente, o si al tiempo de la concepción la embarazada era incapaz (indicaciones), y no se discute que en todos esos casos se excluye la ilicitud del hecho³⁹. En el segundo caso, el art. 119 del Código penal prevé la no punibilidad del aborto practicado por personal médico, en primer lugar, cuando a juicio médico es necesario para que se pueda evitar a la mujer embarazada el peligro de un daño corporal grave o una situación de necesidad síquica grave (indicaciones) y, en

37 El art. 142.1 vigente es del siguiente tenor: "Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas; e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez".

38 Sobre esto, por todos, Figueiredo Dias, Jorge de, en Figueiredo Dias, Jorge de (director), *Comentário Conimbricense do Código penal. Parte especial* (Coimbra Editora), Coimbra, 1999, T. I, "Art. 142", p. 177 ss. (§ 16 ss.). A los argumentos del autor habría que agregar que la ley de 2007 se presenta también como una ley de "exclusión de la ilicitud" de la interrupción voluntaria del embarazo.

39 Así, por todos, Fabrizy, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze. Kurzkommentar*, 11ª edición (Manz), Wien, 2013, "§ 97", n° marg. 1.

segundo lugar, cuando dentro de las 12 semanas desde el comienzo de la última menstruación la mujer "hace valer" por escrito que se encuentra en una situación de necesidad, que, sin embargo, inequívocamente no necesita ser verificada (con lo cual se puede poner en duda que se trate de genuinas indicaciones y que no se esté derechamente frente a un sistema de plazo), y también es pacífico que en ambos casos se está frente a una causa de justificación⁴⁰.

Pero muy probablemente la situación más interesante al respecto sea la del derecho alemán, donde, como se ha visto, el Tribunal Constitucional Federal no se ha limitado simplemente a verificar la constitucionalidad de una determinada regulación, sino que, además, se ha pronunciado expresamente sobre la naturaleza jurídica que han de tener las causas de no punibilidad del aborto. En concreto, como ya se dijo y al margen de la acusada falta de coherencia en los resultados prácticos, el tribunal declaró que no era constitucionalmente admisible darle carácter justificante al régimen general de plazo con asesoría obligatoria, en la medida en que se prescindía de la comprobación de una situación excepcional insoportable, con lo cual dejó en claro, al mismo tiempo, que de darse una situación de ese tipo y estando ésta sujeta a verificación, el legislador podía legítimamente declarar conforme a derecho el aborto⁴¹.

Sobre esta base, el § 218 a del Código Penal alemán distingue explícitamente entre una forma de atipicidad ("No se realiza el tipo del § 218 cuando...") y las causas de justificación. El régimen general de plazo con asesoría obligatoria sólo implica atipicidad (inciso primero), mientras que las indicaciones implican justificación (incisos segundo y tercero), sin que se haya puesto en duda la constitucionalidad de los términos de esta concreta formulación legal. Y no puede dejar de destacarse que las indicaciones previstas como causas de justificación son la llamada indicación médico-social (inciso segundo: cuando a juicio médico y teniendo en cuenta las condiciones de vida actuales y futuras de la embarazada, la interrupción del embarazo es indicada para evitar un peligro para la vida o el peligro de una afectación grave

40 Schwarzenegger, Christian y Heimgartner, Stefan, en Niggli, Marcel Alexander y Wiprächtiger, Hans (editores), *Basler Kommentar. Strafrecht II*, 3ª edición (Helbing Lichtenhahn), Basel, 2013, "Art. 118", n° marg. 28, "Art. 119", n° marg. 2; Stratenwerth, Günter y Wohlers, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3ª edición (Stämpfli), Bern, 2013, "Art. 119", n° marg. 1. Como dan cuenta Trechsel, Stefan y Fingerhuth, Thomas, en Trechsel, Stefan y Pieth, Mark (editores), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2ª edición (Dike), Zürich – St. Gallen, 2013, "Art. 119", n° marg. 11, las cajas de salud previsual están obligadas a asumir los costos de un aborto legal (en la jurisprudencia: BGE 107 V 100 ss.).

41 BVerfGE 88, 203 (p. 273 ss.).

del estado de salud corporal o síquico de la embarazada, y el peligro no es evitable de otro modo exigible para ella), que según opinión dominante contiene la antigua indicación embriopática⁴², y la indicación criminológica o ética, es decir, exactamente las mismas indicaciones que hoy se están discutiendo en Chile.

3.2. La razón de fondo: el insólito deber de poner el propio cuerpo a disposición de otro

Como es obvio, el asunto no puede despacharse apelando sin más a la autoridad de legislación y jurisprudencia extranjera, por mucho que representen una clara tendencia internacional. No puede eludirse el abordaje directo de la cuestión de si resulta conceptualmente admisible que el aborto pueda, bajo ciertas circunstancias, ser un acto justificado, esto es, un acto lícito y no sólo no punible.

La tesis que aquí se defiende es que al aborto practicado con el consentimiento de la mujer siempre subyace una situación de conflicto entre dos bienes o intereses dignos de protección, que puede resolverse legítimamente, porque hay buenas razones para ello, en favor de uno de tales bienes o intereses en algunos casos, en favor del otro en los demás.

El punto de partida, esto es, la existencia de un genuino conflicto, es, aunque no unánime, relativamente pacífico. Así, se admite en general que la vida del que está por nacer es un bien o interés valioso o muy valioso que merece protección en cuanto tal, con independencia de los intereses de la mujer embarazada, de modo que el que está por nacer no es un mero apéndice del cuerpo de la mujer, del que ésta pueda disponer sin más⁴³. Más que en otros ordenamientos jurídicos, en el derecho vigente en Chile esto resulta difícilmente controvertible a la luz del art. 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República (CPR), que consagra expresamente la protección legal de "la vida del que está por nacer", formulación que no se deja identificar con la simple protección de los intereses de la mujer embarazada y que más bien expresa la existencia de un bien jurídico distinto. Y esto

42 Al respecto Merkel, "§ 218 a", *op. cit.*, n° marg. 95, explicando cómo la supresión formal de la indicación sólo habría perseguido eliminar su carácter eugenésico.

43 En la literatura jurídico-penal chilena se han expresado abiertamente contra este reconocimiento, sin embargo, Guzmán Dalbora, José Luis, "Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 17 (2012), pp. 17-51; y Mañalich, Juan Pablo, "La permisibilidad del aborto como problema ontológico", *Derecho y Humanidades* N° 23 (2014), pp. 305-333.

con independencia de la polémica sobre si el ordenamiento constitucional chileno reconoce o no al *nasciturus* el *status* de persona y, en cuanto tal, el derecho a la vida a que se refiere el inciso primero del art. 19 N° 1 CPR⁴⁴.

Asimismo, nadie podría negar que el embarazo compromete muy significativamente el cuerpo de la mujer y, a partir de eso, un haz de intereses suyos de diverso tipo que merecen protección, de modo que un embarazo no deseado compromete sin duda dichos intereses y, en último término, su autonomía y dignidad, sin necesidad de acercarse siquiera a situaciones extremas y dramáticas, como las que se describen en las indicaciones que suele conocer el derecho comparado.

Lo que no es nada de pacífico es la forma de resolver legítimamente este conflicto. En la medida en que entre nosotros no parece estar realmente en discusión la opción por un "aborto libre", esto es, la solución que hace primar en todo caso y sin restricciones de ningún tipo los intereses de la mujer, el debate actual que se da en Chile en torno al aborto consentido por la mujer puede describirse como uno entre quienes entienden que la vida del que está por nacer no puede ser sacrificada en ningún caso, con lo cual le atribuyen primacía absoluta (siempre y sobre cualquier interés de la mujer), y quienes, en cambio, entienden que en algunos casos la vida del que está por nacer debe ceder ante el interés de la mujer. En el primer grupo deben contarse también los que sugieren que el conflicto no tiene solución legítima posible, con lo cual, de hecho, validan la preferencia por la continuación del embarazo. En el segundo se encuentran, sin desconocer la importante diferencia que media entre ambas posiciones, no sólo aquéllos que están por un sistema de indicaciones más o menos rígido, sino también los partidarios de un sistema de plazo (que manifiestamente es una restricción significativa a la libertad de decisión de la mujer) como mecanismo de distribución de la preferencia por uno u otro bien.

Como ya se ha adelantado, aquí se favorece la segunda posición. Más específicamente, se favorece un sistema de plazo, con lo cual un sistema de indicaciones como el que se está discutiendo hoy en Chile se considera un avance mínimo indispensable de la regulación. Ahora bien, como el debate actual está centrado exclusivamente en

44 A juicio del suscrito, las mejores razones hablan en contra de ese reconocimiento, pero si no se abunda en el punto es por la convicción de que, contra lo que algunos pretenden, no es decisivo para el régimen jurídico del aborto consentido por la mujer embarazada, según se sostendrá luego en el cuerpo de este artículo. Un desarrollo de la cuestión a partir de la negación del *status* de persona del que está por nacer puede verse en Mayer, Laura, "La vida del que está por nacer como objeto de protección legal", Revista de Derechos Fundamentales (Universidad de Viña del Mar), N° 5 (2011), pp. 63-80.

la introducción de un sistema de indicaciones, las líneas siguientes sólo se harán cargo de dicho sistema.

Con todo, antes de avanzar en la fundamentación de un sistema como el previsto en el Proyecto en actual discusión, conviene hacerse cargo de la crítica en cuanto a que un sistema de indicaciones que, como se defiende aquí, constituyan causas de justificación (y que en esa medida impliquen un derecho a abortar) se desentendería completamente del *nasciturus*, haciendo prevalecer los intereses de la mujer en términos absolutos⁴⁵. De la sola presentación de las posiciones se desprende que se trata de una acusación sin sentido. Es solamente en razón del alto valor que se le reconoce a la vida del que está por nacer que a la mujer embarazada se le impone el deber insólito de soportar que su cuerpo esté al servicio de otro, deber del que sólo puede liberarse en casos muy excepcionales, bajo amenaza de pena en caso de incumplimiento más allá de esos límites. Que la liberación excepcional se reconozca como un derecho no altera en absoluto el peso enorme de la vida del que está por nacer en la configuración del régimen del aborto⁴⁶. A algunos esto podrá parecer insuficiente, pero no puede negarse seriamente.

Contra el sistema de indicaciones entendidas como causas de justificación se ha hecho valer en nuestro medio que las indicaciones no satisfarían las exigencias de las causas de justificación tradicionales reconocidas en nuestro derecho: no puede hablarse de legítima defensa porque el *nasciturus* no agrede ilegítimamente a la mujer, ni tampoco de estado de necesidad justificante, en los términos del art. 10 N° 7 CP, no sólo porque aquí no se afecta la propiedad de otros, como exige ese precepto (lo que, sin embargo, podría obviarse por quienes sostengan que el nuevo art. 10 N° 11 CP contiene, al menos en parte, también una causa de justificación⁴⁷), sino sobre todo porque el estado de necesidad justificante supone que el bien resguardado

45 Así, Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 147 s.

46 Incluso un sistema de plazo implica una restricción radical a la libertad de decisión de la mujer, que sólo se justifica por el valor de la vida del que está por nacer.

47 Así, Cury, Enrique, "El estado de necesidad en el Código Penal chileno", en AA. VV., *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Santiago, 2013, p. 252 s.; con dudas, aunque favorable a esa idea, Couso, Jaime, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general* (Thomson Reuters), Santiago, 2011, "Art. 10 N° 7", p. 234 s.; y Acosta, Juan Domingo, "Artículo 10 N°s. 7° y 11° del Código penal. Algunos criterios de delimitación", en van Weezel, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Thomson Reuters), Santiago, 2013, p. 696 s.

sea de mayor valor que el bien sacrificado, lo que es al menos discutible en algunos casos y ciertamente insostenible en la mayoría de los supuestos⁴⁸.

Con ser ciertas estas últimas afirmaciones, en sus propios términos el argumento no puede ser decisivo porque aquí no se trata de la concurrencia de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante regulado en el art. 10 N° 7 CP, sino simplemente de la introducción legislativa de *nuevas y distintas causas de justificación*, lo que es sin duda posible, a menos que se quiera negar que eso es precisamente lo que sucede, cuando menos a través del art. 10 N° 10 CP, cada vez que la ley consagra el derecho de realizar bajo ciertas circunstancias una conducta subsumible en un tipo penal.

El verdadero argumento sería, entonces, que sólo un supuesto *equivalente* a las causas de justificación tradicionales podría equipararse legítimamente a ellas. Pero entonces habría que hacerse cargo, al menos, de *todas* las estructuras justificantes reconocidas por la doctrina jurídico-penal y no sólo de las que han servido para construir el argumento. En particular, quienes lo enarbolan suelen omitir hacerse cargo de la distinción conceptual entre las diferentes formas de estado de necesidad justificante y se limitan a constatar la imposibilidad de emparentar las indicaciones del aborto con el llamado estado de necesidad *agresivo*⁴⁹. Esta forma de estado de necesidad, que es la que recoge el art. 10 N° 7 CP, se caracteriza porque el mal que se trata de evitar no proviene del bien (o de la esfera de organización del titular del bien) que se daña para evitarlo, circunstancia que explica que se le someta en general a requisitos exigentes, como son la subsidiariedad y una cierta proporcionalidad entre

48 Tácitamente respecto del estado de necesidad, Rodríguez Collao, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 384; exhaustivamente, haciéndose cargo también del ejercicio legítimo de un derecho, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, pp. 330 ss., 357 ss. y *passim*; en España, Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 149 s. (esta autora examina y rechaza también el ejercicio legítimo de un derecho, propuesto por Cerezo Mir, p. 150 ss.).

49 Es lo que le ocurre a Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 145 ss., quien sólo en una nota al pie menciona el (pero no se hace cargo del) estado de necesidad defensivo (p. 149, con nota al pie N° 20); en Chile, manifiestamente Rodríguez Collao, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 384; Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 161; y García, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", *op. cit.*, p. 239 s. Este último con referencias a Roxin, pero sin mencionar que en los pasajes citados este autor se refiere exclusivamente a los supuestos de estado de necesidad agresivo, que no es lo que, expresamente, se da a su juicio en el aborto terapéutico (incurre en el mismo defecto, aunque en este trabajo sí se hace cargo del estado de necesidad defensivo, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 357 s.).

los males en juego, concretamente que el mal evitado sea mayor que el causado⁵⁰, lo que se relaciona en buena medida también con el mayor o menor valor de los bienes en juego. Y, por cierto, si ya la afirmación de un posible mayor valor de la vida de la mujer respecto de la vida del *nasciturus* puede resultar controversial, una afirmación semejante se hace prácticamente insostenible cuando en la comparación se consideran otros intereses de menor rango de la mujer⁵¹.

Pero existe también otra forma de estado de necesidad, el llamado estado de necesidad *defensivo*, sin reconocimiento expreso en la legislación chilena, pero cuyo reconocimiento conceptual va siendo creciente en nuestra literatura⁵². El estado de necesidad defensivo se caracteriza porque el mal que se trata de evitar proviene precisamente del bien (o de la esfera de organización del titular del bien) que se daña para evitarlo, aunque sin llegar a constituir una agresión ilegítima en los términos de la legítima defensa. Es esta diferencia con las situaciones de legítima defensa lo que explica que se le imponga la exigencia de subsidiariedad propia de cualquier estado de necesidad, pero no la estricta exigencia de proporcionalidad del estado de necesidad agresivo, sino una más moderada, en términos de que el mal que se evita no sea mucho menor que el que se causa para evitarlo. De este modo, la estructura de las indicaciones del aborto, al menos de algunas de ellas, se acerca considerablemente a la del estado de necesidad defensivo⁵³.

Para evitar posibles malentendidos, aquí no se está afirmando que las indicaciones del aborto sean necesariamente casos de estado de necesidad defensivo, lo que por lo demás, como ya se ha dicho, no es necesario si el legislador las establece expresa y específicamente, sino sólo que hay causas de justificación reconocidas ampliamente

50 El art. 10 N° 7 CP, junto con reducir el círculo de bienes jurídicos sacrificables a la propiedad, exige expresamente que el mal que se evita "sea mayor que el causado para evitarlo" y que "no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".

51 Así, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 357 ss.; Lorenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 149 s.

52 En general, al respecto Wilenmann, Javier, "El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, N° 1 (2014), pp. 213-244 (p. 217 con nota al pie N° 9), con referencias.

53 Así lo ha visto, al menos respecto del aborto terapéutico, Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, pp. 151 y 173. Un desarrollo más detallado del mismo autor, centrado en la demostración del carácter no absoluto de la prohibición de matar a personas inocentes, en Bascuñán Rodríguez, Antonio, "La píldora del día después ante la jurisprudencia", *Estudios Públicos* N° 95 (2004), pp. 43-89 (p. 67 ss.).

a las que las indicaciones o al menos algunas de ellas pueden equipararse en razón de que, sin ser idénticas, se pueden considerar estructuralmente equivalentes.

Es cierto que un sector relevante (aunque minoritario)⁵⁴ de la literatura comparada se opone a que la simple circunstancia de que el mal que se trata de evitar "provenga" de un determinado bien (o de la esfera de organización del titular de un determinado bien) autorice sin más a sacrificarlo en los términos del estado de necesidad defensivo, y exige que el mal sea de algún modo "imputable" a su titular, lo cual, como es manifiesto que no es predicable del *nasciturus*, cerraría la posibilidad de una justificación en cualquier caso de aborto⁵⁵, lo que sería concordante con el postulado de la existencia de una *prohibición absoluta de matar a un inocente*, en virtud de la cual los casos que conducen a ese resultado a lo más podrían ser exculpados, pero nunca justificados⁵⁶. Sin embargo, esta afirmación no resulta plausible en situaciones extremas, ya que "nadie que no tenga un deber especial de exponerse al peligro tiene que soportar daños corporales graves en consideración de otro"⁵⁷, con independencia de que éste sea inocente o no, de modo que "en casos límite será inevitable una ponderación de vida frente a vida, inadmisibles en otros casos"⁵⁸. Y esto debe ser zanjado por el derecho.

Es lo que se desprende, por lo demás, de la aplicación, en una serie de supuestos en los que nada puede imputarse a la víctima, de la llamada doctrina del "doble efecto", por ejemplo, en el Derecho internacional de la guerra⁵⁹ y, por cierto, en materia de aborto⁶⁰. Si conforme a dicha doctrina la muerte de los pasajeros del

54 Como reconoce Coca Vila, Ivó, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", *InDret* 1/2011, pp. 1-40 (p. 6 s.).

55 En Chile, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, pp. 338 y 342 ss., con referencias.

56 Así, por ejemplo, Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, pp. 154 s. y 157 s.

57 Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, 4ª edición (Beck), München, 2006, § 16 n° marg. 78, sobre el conjunto de la discusión véase § 16 n° marg. 72 ss. (hay traducción española de la 2ª edición alemana de 1994: Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general I* [trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal] [Civitas], Madrid, 1997, véase § 16 n° marg. 62 ss., el pasaje citado se encuentra en el n° marg. 68).

58 Roxin, *Strafrecht AT I*, *op. cit.*, § 16 n° marg. 78 (*Derecho penal PG I*, § 16 n° marg. 68).

59 Al respecto Miranda, Alejandro, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 (2008), pp. 485-519 (pp. 501 y 508).

60 Miranda, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 510 s.; más específicamente Miranda, Alejandro, "¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto", *Acta Bioethica*, Vol. 20 (2014), pp. 159-167; también Ossandón,

avión derribado para evitar que los secuestradores que han tomado su control lo estrellen contra un edificio constituye un mero "efecto colateral" de un acto *lícito* de defensa⁶¹, es evidente que para sus partidarios, en los hechos, la prohibición de matar inocentes no es absoluta⁶². Y si la prohibición de matar personas inocentes no es absoluta, entonces la eventual atribución del *status* de persona al *nasciturus* y, consecuentemente, su eventual titularidad sobre el derecho a la vida no es un argumento decisivo contra la justificación del aborto⁶³. Pero ahora la cuestión fundamental es, como es obvio, cuáles son las razones en virtud de las que habría de justificarse el aborto consentido por la mujer.

En aquellos casos en que existe riesgo de muerte para la mujer, la justificación es reconocida universal y pacíficamente⁶⁴ y puede conceptualizarse como un caso de estado de necesidad defensivo⁶⁵. Si el derecho vigente efectivamente no lo reconoce en casos de aborto "directo" o no lo reconoce con suficiente claridad, entonces, al margen de una posible declaración de inconstitucionalidad, la ley debe ser modificada a la brevedad. El Proyecto en actual discusión así lo hace.

María Magdalena, "La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2 (2011), pp. 103-136 (p. 117 ss.); Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 159; García, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", *op. cit.*, p. 236 ss.

61 Así, Miranda, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 512.

62 Por cierto, en nada cambia la valoración que los partidarios de la doctrina crean genuinamente que en tales casos la delimitación entre lo (jurídicamente) legítimo y lo ilegítimo radica en la subjetividad del agente. Es significativo, en todo caso, que un especialista en la materia sostenga inequívocamente que, para efectos *jurídicos*, la justificación de una conducta es totalmente independiente de las intenciones del sujeto: Miranda, Alejandro, "Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa", *Revista Médica de Chile*, N° 140 (2012), pp. 261-265 (p. 263).

63 Así, Bascuñán Rodríguez, Antonio, "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto en el Derecho constitucional comparado", *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 (2001), pp. 209-247 (p. 247).

64 Hasta donde se puede ver, no existen legislaciones occidentales que no permitan el aborto en estos casos. No lo dudan autores reacios a reconocer un aborto justificado, a pesar de situar el asunto en la lógica del estado de necesidad agresivo, tales como Lorenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 242 ss. (no así las demás indicaciones, p. 248); o Rodríguez Collao, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 384 s.

65 Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 173, invocando, además, la garantía de igualdad ante la ley.

Más allá de ese caso indiscutible, desde luego para aquéllos en que existe riesgo para la salud de la mujer y sea dudosa la pertinencia de la razón precedente, las razones para justificar el aborto se encuentran en la circunstancia, que torna incomparable la situación de conflicto de la mujer ante el embarazo no deseado, de que la vida del que está por nacer y, por lo tanto, su conservación suponen un compromiso *positivo*, irreemplazable⁶⁶ y particularmente intenso de su cuerpo por un tiempo prolongado⁶⁷.

Lo que la regulación del aborto exige a la mujer no es simplemente abstenerse de matar al que está por nacer, no es simplemente el deber negativo que rige para todo el resto de las personas y que lo único que compromete o afecta es la libertad general de actuación en ese contexto sumamente específico. Por el contrario, para la mujer embarazada la única manera de no matar al que está por nacer (o de no consentir en que se le mate) es poner su cuerpo a disposición del mismo y soportar que crezca en su interior, con todo lo que ello implica, por un período que, por lo general, se extiende por 9 meses.

Como es fácil de advertir, esto no se le exige a nadie más. Todo el resto de las personas está en condiciones de honrar la vida de los demás (incluyendo la del que está por nacer) de un modo asaz sencillo, como es simplemente abstenerse de realizar conductas que les ocasionen la muerte, lo que por cierto limita su libertad y en algunos casos hasta puede perjudicar sus intereses, sacrificios que, sin embargo, de modo alguno se comparan con la carga de poner el propio cuerpo a disposición de la vida de otro. La genialidad del "caso del violinista" propuesto por Judith J. Thomson radica precisamente en haber llamado la atención sobre este aspecto central para el debate sobre el aborto: el lector que de buena fe está dispuesto a seguir la fantasía e imaginarse cómo un buen día despierta conectado a otra persona, cuya vida depende (porque de algún modo se sirve del cuerpo del lector) de que la conexión

66 Es lo que no se ve cuando se critica que las razones en favor del aborto valdrían también para el hecho de dar muerte a los hijos nacidos.

67 Sobre esto, en Chile, Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 167 ss.; Bascuñán Rodríguez, "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto en el Derecho constitucional comparado", *op. cit.*, p. 245 ss.; Horvitz, María Inés y Soto, Miguel, "Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el Anteproyecto del nuevo Código Penal, elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9 (2007), pp. 75-120 (p. 79 con nota al pie N° 7 y p. 89 con nota al pie N° 34); Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 294.

se mantenga por un tiempo prolongado⁶⁸, puede apreciar con toda claridad cuál es la exacta situación de la mujer en el embarazo.

La peculiaridad de la situación y sus consecuencias para la configuración de los deberes de la mujer no pueden pasar inadvertidas para la dogmática jurídico-penal. Claramente lo que se pide de la mujer no es asimilable sin más al deber general y fundamental de organizarse y comportarse de modo de no dañar a otros (*neminem laedere*, competencia por organización), sino que inequívocamente implica un deber positivo de ponerse a disposición del bienestar de otro, deber que, al menos en principio, sólo se deja entender como un deber de *solidaridad*⁶⁹. En consecuencia, es erróneo (o al menos está insuficientemente fundado) sostener que, por grave que sea el conflicto que vive la mujer y por grandes que sean los sacrificios que debe afrontar en razón del embarazo, el aborto no puede justificarse, insistiendo simplemente en que se trata de una "conducta de dar muerte a otro"⁷⁰.

Una vez más debe recalcarse que el posible reconocimiento al que está por nacer del *status* de persona y titular del derecho a la vida no altera la conclusión

68 Thomson, Judith J., "A Defense of Abortion", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1 (1971-1972), pp. 47-66 (p. 48 s.) (hay traducción española: "Defensa del aborto" [trad. de Sáinz de los Terreros], en Dworkin, Ronald [compilador], *Filosofía del Derecho* [Fondo de Cultura Económica], México 1980, p. 211 ss.). Ciertos excesos literarios de la formulación del caso han permitido que el debate se desvíe hacia puntos no esenciales, que no es del caso abordar aquí.

69 Así, Jakobs, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. de Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 64 (incluido también en Jakobs, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* [Civitas], Madrid, 2004, Cap. IV, pp. 99-148 y p. 142), sin perjuicio de la reserva expresa en cuanto a que en materia de aborto pudiera fundarse un deber de la mujer que fuera más allá de la mera solidaridad, remata afirmando que "una acción fácticamente dañina no tiene por qué ser siempre contraria a una prohibición de lesión". Entre nosotros, entienden que se trata de un mero deber de solidaridad Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 167; y Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, pp. 292 ss. y 295.

70 Así, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 358 s., y Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 153 s. La cuestión no es cómo se entiende la conducta típica, sino el tipo de deber que implica la abstención de la misma por parte de la mujer. Llama la atención que el reconocimiento de que el cumplimiento del deber negativo exige en el caso concreto el cumplimiento de un insólito deber positivo, no tenga absolutamente ninguna consecuencia para los partidarios de la regulación vigente. El asunto es mencionado pero no abordado por García, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", *op. cit.*, pp. 229 s. y 246, quien simplemente postula la existencia de un deber negativo que opera de modo idéntico a cualquier otro deber negativo.

precedente, porque de esa titularidad no se sigue de ningún modo un deber correlativo en favor del titular del mismo que vaya más allá de la simple abstención de matarlo; concretamente, no se sigue ningún deber que implique la puesta a disposición del propio cuerpo para el beneficio del titular del derecho fundamental⁷¹.

La cuestión es cómo se puede fundar semejante deber, de lo que dependerán también los límites del mismo. Todo indica, por cierto, que el vínculo singularísimo que existe entre la mujer embarazada y el embrión o feto es un elemento clave a tener en cuenta en la discusión, pero no se puede dejar de advertir que dicho vínculo y su singularidad son, en primera línea, precisamente la *fuentes del conflicto normativo* y de ningún modo una razón suficiente para resolverlo con legitimidad⁷², menos aún del modo unilateral en que se pretende cuando a la mujer se le atribuye, sin más y en términos absolutos, un deber insólito.

Se podría ensayar un fundamento para un deber positivo de la mujer en favor del *nasciturus* que vaya más allá de la simple solidaridad, erigiéndola en *garante* respecto del mismo. Así, se podría fundar una posición de garante en el comportamiento previo de la mujer (*injerencia* como fuente de posición de garante, responsabilidad por organización), haciendo valer que el embarazo es el resultado del ejercicio libre de su sexualidad, de modo que debe hacerse cargo del mismo⁷³. Esta argumentación debe lidiar, sin embargo, con una serie de objeciones⁷⁴, tales como que el contacto sexual sólo crea un riesgo para el que está por nacer en la medida en que ha permitido su existencia o que la circunstancia de que sólo uno de los responsables de la concepción cargue necesaria y absolutamente con todas las consecuencias del mismo ejercicio de libertad implica una discriminación inaceptable. Pero probablemente lo más devastador para quien quiera fundar un régimen como el vigente en el comportamiento sexual previo de la mujer, es que esta estrategia argumentativa obliga inevitablemente a legitimar el aborto en los casos en que el contacto sexual no fue voluntario, es decir, precisamente en el caso más polémico de la actual discusión chilena⁷⁵. También se podría apelar a la "maternidad" como

71 Sobre esto Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 17.

72 Como bien destaca Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 18.

73 Así, por ejemplo, Merkel, "§ 218", *op. cit.*, n° marg. 97.

74 Sobre esto, Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 293.

75 Para el derecho alemán, Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 18, sostiene abiertamente la procedencia del estado de necesidad defensivo para estos casos, en concordancia con su aceptación de una posición de garante por injerencia de la mujer.

fuente de posición de garante, lo que tampoco está exento de dificultades⁷⁶, aunque sin duda sugiere con fuerza un paralelo con las posiciones de garante fundadas en los vínculos familiares.

Como fuera, aunque se aceptara que la mujer embarazada es garante respecto del que está por nacer, de todos modos el tratamiento que se le da resulta del todo excepcional, porque ningún garante, en particular ningún padre, está obligado a poner su cuerpo a disposición de sus hijos, aunque esto sea indispensable para salvarles la vida y se esté en condiciones de hacerlo sin mayor detrimento. Se podrá decir que la comparación es impertinente porque la situación no puede darse en la realidad, pero basta pensar en los trasplantes de órganos para confirmar el aserto: ningún padre está obligado a donar una parte siquiera mínima y poco importante de su cuerpo para salvar la vida de su hijo nacido⁷⁷. No sin polémica, a lo más se ha llegado a aceptar por algunos autores, y sólo respecto de garantes, la existencia de un "deber de tolerancia" frente a terceros que, actuando en estado de necesidad agresivo justificante⁷⁸ para evitar la muerte o daños graves a la salud de alguien, extraen pequeñas cantidades de sangre, es decir nada mínimamente comparable con el compromiso del cuerpo que representa el embarazo⁷⁹. Así, aunque se aceptara que la mujer embarazada es garante respecto del que está por nacer, el deber que se le impone es un deber insólito, tanto que sólo parece susceptible de legitimación dentro de ciertos límites.

Si lo anterior es así respecto de genuinos garantes, con mayor razón debe regir algo parecido si se termina reconociendo que el deber que se le impone a la mujer respecto del *nasciturus* es un *deber exclusivo de solidaridad*. Aunque la legitimidad de este fundamento tratándose de un deber tan intenso puede ser muy dudosa, no puede desconocerse que la imposición de deberes de solidaridad no es completamente extraña al ordenamiento jurídico, como es, por ejemplo, el caso del deber que subyace al tipo penal de omisión de socorro (art. 494 N° 14 CP), entre otros. En este contexto puede sostenerse que de la circunstancia de que, por las características de la

76 Véase Merkel, "§ 218", *op. cit.*, n° marg. 96; crítico Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 294.

77 Lo hace presente Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 17.

78 En Chile sólo sería posible si se acepta que el art. 10 N° 11 CP establece, en parte también, una causa de justificación.

79 Roxin, *Strafrecht AT I*, *op. cit.*, § 16 n° marg. 48 ss. (*Derecho penal PG I*, § 16 n° marg. 43 s., aunque sin el párrafo donde afirma que no podría admitirse una conexión prolongada con fines similares, con expresa referencia al "caso del violinista").

reproducción humana, la supervivencia del embrión o feto requiera ineludiblemente que el embarazo alcance un determinado grado de desarrollo, el establecimiento de un deber de la mujer de tolerarlo constituye el único medio a través del cual el ordenamiento jurídico puede proteger siquiera mínimamente un bien valioso y merecedor de protección como es la vida del que está por nacer. En otras palabras, el deber de solidaridad se le impone a la única persona de cuya solidaridad depende absolutamente la vida del *nasciturus*⁸⁰. Ahora bien, por plausible que esto parezca, desde luego sólo lo es cuando se impone dentro de ciertos límites⁸¹. En consecuencia, no hay espacio legítimo, menos en este caso, para un deber absoluto de la mujer de tolerar y mantener hasta su término el embarazo no deseado.

Pues bien, las *indicaciones* que legitiman el aborto no son más que los límites necesarios más obvios al deber de la mujer de poner su cuerpo a disposición del que está por nacer. Como ya se ha dicho, aquí se sostiene que es preferible un sistema de plazo, pero una vez que se acepta que el deber de tolerancia de la mujer no puede ser absoluto, al menos habrá que reconocer la justicia básica de las indicaciones, particularmente de las previstas en el Proyecto en actual tramitación.

El Proyecto ciertamente merece perfeccionamientos, como la ampliación del aborto terapéutico a hipótesis de riesgo para la salud de la mujer o que en la indicación ética o criminológica se haga referencia a toda interacción sexual no consentida y no sólo a la violación (con lo cual se incluiría el estupro, inexplicablemente excluido en el Proyecto), o mejor, a toda forma ilícita de provocar el embarazo (con lo cual se incluye también, por ejemplo, la inseminación artificial no consentida), entre otras posibles, por sólo mencionar algunas atinentes a la formulación de las indicaciones mismas. Pero sin duda, en el contexto histórico es lo mínimo que, en términos de igualdad ante la ley y dignidad, el Estado chileno le debe en esta materia al *status* jurídico de la mujer.

80 Así Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 294, quien habla de "deber de solidaridad por necesidad".

81 Esto es lo que ha desarrollado sugestivamente ya para el derecho vigente Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 295 ss.: de la mano de la regulación de otras instituciones donde también se imponen deberes exclusivos de solidaridad (como la omisión de socorro y el deber de tolerancia ante el estado de necesidad agresivo), que invariablemente contemplan límites a la solidaridad, el autor concluye que tales límites son immanentes al tipo de deber, de modo que también deben entenderse presentes en la regulación del aborto consentido por la mujer.