

## Gonzalo García Palominos

Universidad de los  
Andes, Chile

ggarcia@uandes.cl\*

### Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional: Comentario sentencia Tribunal Constitucional rol n° 3729 (3751)-17-cpt

### About the decriminalization of abortion for three causes and the constitutional paradox: commentary regarding the Constitutional Court's sentence rol n°3729 (3751)-17-cpt

**Resumen:** El presente comentario tiene por objeto el análisis esencialmente del voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley de aborto en tres causales y pretende reconstruir la argumentación esgrimida por dicho tribunal, para luego ofrecer un análisis crítico al mismo. En su parte final, desarrolla un análisis de los efectos jurídicos que, para dicho proyecto, significa que no se haya derogado el precedente de dicho tribunal relativo a la personalidad jurídico-constitucional del no nacido.

**Palabras clave:** Aborto; legalización; despenalización; Tribunal Constitucional; inexigibilidad, deberes negativos.

**Abstract:** This report has the essential aim of analyzing the majority vote of the Constitutional Court's sentence about the project of abortion for three causes. The voting did note repeal the court's precedent regarding the legal-constitutional personality of the still-to-be-born child. Thus, this paper seeks to reconstruct the court's argument, as well as present the legal effects that the revocation has on the application of the new law.

**Keywords:** Abortion; legalization; decriminalization; constitutional Court, unenforceability, negative duties.

\* Agradezco especialmente a los estudiantes y ayudantes de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de los Andes (Chile), Sofía Léniz y Mauricio Kaplan, por la revisión y corrección de este trabajo.

## 1. Contexto general

a. Finalmente, y sin perjuicio de los discursos políticos que tiñeron la discusión sobre el aborto con la idea de la mera “despenalización”, el verdadero debate jurídico sobre la interrupción del embarazo giró directa y esencialmente en torno al estatuto jurídico constitucional del no nacido y al límite del deber extrapenal de la mujer de mantener el embarazo. Adicionalmente, y de manera relevante, se desarrolló un intenso debate en torno al sistema de protección de derechos humanos, su estructura normativa, sus fuentes y límites.

Un debate jurídico que se cristalizó en una compleja sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017 (Rol N° 3729 (3751)-17-CPT) que es objeto de este comentario. Más específicamente, es objetivo de este comentario el análisis esencialmente del voto de mayoría —que incluye una prevención— de la sentencia del Tribunal Constitucional y pretende reconstruir la argumentación esgrimida por dicho tribunal y luego ofrecer un análisis crítico al mismo.

En este comentario se acentuará el análisis de los límites sustantivos que significa, para la Ley N° 21.031 de 2017 sobre la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, la no derogación del precedente de dicho tribunal relativo a la titularidad de derechos humanos —estatuto de persona— del no nacido. Asimismo, se intentará adentrar en la reconstrucción del argumento centrado únicamente en la “inexigibilidad” de los deberes de la madre en dichos casos.

b. La discusión de mayorías de relevancia política en el Congreso —más allá de los discursos y propuestas de grupos de presión—, se centraron esencialmente en dos polos de discusión en torno al proyecto de ley. El

primero, relativo al estatuto jurídico del no nacido y, el segundo, en torno al alcance de los deberes que aquello implica para el Estado y los deberes de la mujer en virtud del mismo mandato constitucional de protección. Las posiciones políticas que se vieron enfrentadas coinciden, en gran parte, con las tesis jurídicas que luego se vieron enfrentadas en el Tribunal Constitucional. Esto es: por una parte, quienes sostenían que el estatuto de persona dependía de una decisión meramente convencional, para recalcar que no dependía de la naturaleza humana o su adscripción a una especie en particular, sino de las concesiones recíprocas de los hombres en una determinada sociedad<sup>1</sup>. Aquello supone una absoluta libertad de negociación por parte de quienes ejercen el poder temporal para definir estatutos diferenciados entre los seres humanos, lo que estaría cristalizado en la Constitución Política. Para esta opción la interrupción del embarazo podía ser consecuencia de 1) reconocer una priorización de intereses relevantes de la mujer embarazada por sobre la vida de su hijo, en tanto este último, por no ser un sujeto de derechos humanos, estaría sujeto a ponderaciones o 2) independiente del estatuto del no nacido, lo claro es que los deberes de la madre durante el embarazo no pueden ser entendidos como absolutos o ilimitados, y deberían ceder frente a ciertas hipótesis en que su mantención podría ser exagerada, desproporcionada o supererogatoria<sup>2</sup>. Probablemente esta última versión, junto con la idea de tratarse de una mera despenalización o un espacio libre de la valoración estatal que radica en la madre, la decisión de seguir o no con su embarazo, fue la que concitó mayor apoyo político entre los parlamentarios ya que, si bien posibilitaba la aprobación del proyecto del gobierno en su esencialidad, no suponía un cambio de estatuto constitucional del no nacido<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Véase más en profundidad Mañalich (2014, p. 315).

<sup>2</sup> Véanse intervenciones de Peña, Carlos; Squella, Agustín; Bascuñán, Antonio, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales. Recuperado de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18444&prmTIPO=INFORMEPLY> [Fecha de consulta 21 de marzo de 2018].

<sup>3</sup> Ejemplo de acuerdo político es el Acuerdo del Consejo Nacional del Partido Demócrata Cristiano de Chile del 27 de Julio de 2015 sobre el proyecto de aborto: “PRIMERO: Reafirmar como uno de los principios fundantes de nuestro partido, la convicción sobre el valor

La otra posición relevante en disputa valoraba el sistema de los derechos humanos como un sistema construido sobre la base de un contenido mínimo sustraído de las posibles arbitrariedades de las autoridades del poder temporal, esto es, reconociendo un valor moral/jurídico o dignidad a todos los individuos de la especie humana por sus cualidades que le son esenciales, sustanciales o “intrínsecas”, mismas que sirven de fuente y fundamento de los derechos humanos. Aquella opción del constitucionalismo moderno implica una decisión radical: la concepción de los derechos humanos es “inclusiva” y está construida como una forma de evitar distinciones arbitrarias. Lo anterior se recoge, tanto en textos jurídicos como en discursos políticos, en frases como “los derechos humanos son inherentes a la naturaleza humana”, y abarca como titulares a todos “cualquiera sea su edad, estirpe, edad o condición”, etc.<sup>4</sup>. No se trataba en todas sus manifestaciones políticas —como lo señalan ciertos académicos<sup>5</sup>— de la defensa de una tesis especieísta,<sup>6</sup> sino de una que reconocía ciertas cualidades esenciales como la capacidad natural o radical para el pensamiento conceptual y la libre elección, cualidades que se

encuentran ya presentes desde la concepción y, en todo caso también, en los enfermos mentales y terminales<sup>7</sup>. Esta posición, que parte de la base de que el no nacido es digno (le asigna valor moral y jurídico-constitucional) y no puede ser instrumentalizado, defendió la tesis que la prohibición de la occisión directa en su contra es absoluta, solo matizada por la autorización al médico y a la madre para desarrollar conductas tendientes a salvar la vida de esta aunque, como efecto no querido, se pudiera traducir en la muerte indirecta de la criatura. Las demás hipótesis, se sostenía, podrían ser entendidas como causas de exculpación<sup>8</sup>, por tratarse de situaciones excepcionales que pueden afectar la capacidad de la madre de seguimiento del derecho en el caso particular, que impediría reprochar penalmente la conducta, pero que en ningún caso podría materializarse en una autorización de occisión directa. La autorización directa de la muerte, por el contrario, no solo sería una especie de instrumentalización y desconocimiento de la dignidad humana (valor moral/jurídico), sino adicionalmente un incumplimiento al mandato constitucional de protección<sup>9</sup>.

---

inalienable de todos los miembros de nuestra especie. Este valor, conocido como dignidad humana, es inviolable y se entiende como el valor intrínseco de todos los seres humanos atendido las cualidades esenciales del mismo y no de sus características accidentales, tales como el estado de desarrollo, capacidad cognitiva, estado de salud, capacidad de dolor, raza, etc. siendo compartido por todos y todas sin distinción alguna. El reconocimiento de dicha cualidad común nos obliga a procurar que todos los individuos de la especie humana reciban el correspondiente respeto y se garantice la titularidad de sus derechos, el primero de los cuales, y sin el cual no puede existir ningún otro, es el derecho a la vida”. Aprobado en Consejo Nacional de 27/07/2015; Directiva Nacional PDC - Presidente: Jorge Pizarro; Vicepresidentes: Carolina Goic - Yasna Provoste - Sergio Espejo - Matías Walker - Soledad Lucero - Gustavo Paulsen - Enzo Pistacchio - Gonzalo Duarte.

<sup>4</sup> Véase la exposición de Londoño, Fernando, en: Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales. Boletín n° 9.895-11. [https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/6701/#h2\\_2\\_8](https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/6701/#h2_2_8) [Fecha de consulta 21 de marzo de 2018].

<sup>5</sup> Por ejemplo, Mañalich (2014, p. 315).

<sup>6</sup> Sin perjuicio de lo anterior, una tesis biológica-valorativa es defendida en Chile por Magdalena Ossandón (2015, p. 149). En esta tesis —siguiendo a Spaemann— la autora sostiene que la pertenencia a la especie *homo sapiens* es suficiente para convertirse en miembro de la sociedad, y no la adquisición de ciertas características, ya que aquello supondría que nadie está capacitado para definir si un humano es o no sujeto de derechos.

<sup>7</sup> Se puede ver la explicación en Bertelsen y García (2015) p. 178.

<sup>8</sup> Londoño: “Consignó que este último aspecto traza una diferencia central entre un instituto como la legítima defensa y las autorizaciones a abortar que el proyecto de ley propone, pues mientras que contra una agresión ilegítima puede ser lícita una respuesta defensiva-lesiva, una agresión a la persona no-nacida no puede ser lícita. El Estado —el ordenamiento jurídico— puede y aún debe suspender el juicio de reproche contra quien practique un aborto en determinados supuestos reconducibles a un “estado de necesidad exculpante” o, en general, a fórmulas de “inexigibilidad”, en estatutos ampliamente conocidos en todos los ordenamientos y por cierto también en el chileno, ya bajo fórmulas psicologizantes de inexigibilidad, como el tradicional artículo 10, N° 9, del Código Penal, ya bajo fórmulas normativizadas de estado de necesidad, como el más reciente artículo 10 N° 11 del mismo Código, pero no debe admitir como generalmente lícita la causación de la muerte de una persona no nacida”.

<sup>9</sup> Soledad Alvear (2015, p. 44): “En este artículo me gustaría explicar por qué el aborto legítimo, en los términos que se ha defendido y propuesto en nuestro contexto, constituye una manifestación más de una sociedad basada en el individualismo, relativismo y el hedonismo, que está, lamentablemente, dispuesta a renunciar —al menos para fundar ciertas circunstancias entendidas como justificadas— a aquello que representó el mayor triunfo de la civilización occidental durante el siglo XX: la sustracción de un contenido mínimo ético de la arbitrariedad del poder temporal, esto es, la dignidad humana como atributo esencial de todos los seres humanos”.

La argumentación podría resumirse, como sigue

A1	La valoración moral y jurídica de “dignidad o digno” significa que un ser o individuo es moral y jurídicamente valioso, como un fin en sí mismo.	
A2	Todo ser que es valorado como “digno” no puede ser instrumentalizado y su muerte no puede ser utilizada ni como medio ni como fin para la existencia de otro	
A3	Variante 1: Los seres humanos, en tanto dotados de cualidades radicales de racionalidad, son dignos.	Variante 2: Los seres humanos, por su sola pertenencia a la especie humana, son dignos.
A4	Variante 1: Los seres humanos no dotados de cualidades de racionalidad no son dignos (como una mola).	Variante 2: Los seres humanos, independiente de su racionalidad, son dignos.
A5	Todos los seres humanos [dotados o no dotados de racionalidad] son persona.	
A6	Todas las personas son titulares de derechos humanos/Son titulares de derechos humanos solo las personas.	
A7	Todas las personas tienen derecho a la vida.	
A8	Los seres humanos, desde la concepción y hasta su muerte natural, poseen cualidades de racionalidad que les son inherentes (capacidad radical para el pensamiento conceptual y la libre elección), aun cuando no se puedan actualmente ejercer. Entonces, el no nacido, el recién nacido o enfermo cerebral grave son dignos, sin perjuicio de la imposibilidad de ejercer dichas cualidades.	
A9	El no nacido tiene derecho a la vida (es titular del derecho a la vida).	
A10	El no nacido, en tanto digno y persona, no puede ser instrumentalizado, ni su muerte utilizada como medio o como fin de otro.	
A11	El Estado tiene el deber correlativo a la declaración del derecho a la vida, de proteger la vida de todas las personas, incluidos los no nacidos.	
A12	Toda persona tiene el deber de omitir cualquier conducta que tenga la capacidad de causar la muerte de otro, incluso del no nacido.	
A13	Toda persona tiene el derecho a ejecutar acciones que puedan salvarle la vida, considerando lo siguiente: “un efecto malo que jamás puede ser lícitamente procurado como fin o como medio, puede aceptarse justificadamente cuando es solo el efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para conseguir un efecto bueno de importancia proporcionada”.	
Conclusión	La autorización directa de la muerte de un inocente, por el contrario, no solo sería una especie de instrumentalización y desconocimiento de la dignidad humana, sino adicionalmente un incumplimiento del mandato constitucional de protección de la vida.	

## Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional

Probablemente, el reconocimiento institucional más relevante de esta tesis —y que constituye un precedente fundado para el Tribunal Constitucional— se puede encontrar en la sentencia del tribunal ROL 740-07-CDS sobre la píldora del día después. La fundamentación

se caracteriza por ir al fondo de la discusión, aunque mantiene diferencias importantes con la discusión del aborto en tres causales que se desarrollaría con posterioridad.

Precedente Tribunal Constitucional	
ROL 740-07-CDS	
(Voto de Mayoría (5), ministros Cea Egaña, Bertelsen Repetto, Fernández Baeza, Venegas Palacios, Marisol Peña Torres; Voto disidente (4): Vodanovic Schnake, Fernández Fredes; Correa Sutil, Colombo Campbell )	
Considerandos	Argumento
<p>- El ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto. (Se sigue del artículo 1.º de la Ley Suprema afirma que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”) (cuadragésimosexto).</p> <p>- La dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del art. 1.º de la Constitución, supone que los derechos de que es titular una persona son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza. (sexagesimoctavo).</p> <p>- El estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (cuadragésimoquinto).</p>	<p>A1 “Todo ser humano es digno, por su naturaleza e independiente de condiciones accidentales como la edad, sexo o condición particular”.</p> <p>A2 “Toda persona es sustancialmente digna y todo ser humano digno es persona”.</p> <p>A3 “Toda persona es titular de derechos/todos los titulares de derechos son personas”.</p> <p>A4 “La persona es titular de derechos por su propia naturaleza”.</p> <p>A5 “Los derechos humanos son anteriores al ordenamiento positivo/ el ordenamiento positivo no crea los derechos humanos, solo reconoce y asegura”.</p>

<p>- Cuando la Carta Fundamental “asegura” determinados derechos a las “personas”, solo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. (Cuadragésimoséptimo).</p>	
<p>De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5.º) (Cuadragésimoséptimo).</p>	<p>A6 “El poder constituyente reconoce como límite de su actuar, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.</p> <p>A7 “Ya que el Estado reconoce como límite en su actuar el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, no puede desconocer derechos esenciales ni violarlos en su esencia”.</p>
<p>“el embrión o el <i>nasciturus</i> es persona desde el momento de la concepción.”</p> <p>(Cuadragésimonoveno; quincuagésimotercero; quincuagésimocuarto).</p>	<p>A8 El no nacido recibe de la Constitución el “reconocimiento” de titular de derechos humanos y, por lo tanto, es persona.</p> <p>A9 El no nacido es titular del derecho a la vida y no es solo un bien jurídico.</p>
<p>Convención Americana de Derechos Humanos —tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente— señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.</p> <p>“De esta manera, este tratado internacional —que forma parte del ordenamiento jurídico chileno— resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución”.</p> <p>El mandato que el Constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer, y no solo proteger su vida en cuanto bien jurídico.</p> <p>(Quincuagésimotercero).</p>	

<p>Resumen de las premisas jurídicas:                  Tanto el poder constituyente como el Estado reconocen como límite de su actuar que:                  El embrión es un ser humano                  Todo ser humano es digno, por su naturaleza e independiente de condiciones accidentales como su edad.                  “El no nacido es digno y, por lo tanto, persona”.                  El no nacido es titular del derecho a la vida.                  El derecho a la vida del no nacido es “reconocido” y no “creado”, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales.</p>	
<p>Es deber que la Constitución impone a los órganos del Estado de <i>respetar</i> y <i>promover</i> los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, (art. artículo 5.º de la Carta Fundamental. (Sexagésimo; cuadragésimoquinto; quincuagesimosexto).</p>	<p>A10 El reconocimiento de un derecho humano hace surgir un deber correlativo del Estado de <i>respetarlo</i> y <i>promoverlo</i>.</p>
<p>Los derechos fundamentales —que se aseguran a todas las personas— poseen una doble naturaleza:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjetiva”,</li> <li>- Por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión “objetiva”. (Cuadragésimoséptimo).</li> </ul>	<p>A11 Los derechos fundamentales son inmunidades oponibles por las personas en contra del Estado y particulares.</p> <p>A12 Los derechos fundamentales unifican, identifican e integran el ordenamiento jurídico nacional, permeando normativamente todas sus normas.</p> <p>A13 El reconocimiento de un derecho fundamental “no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho”.</p>
<p>El mandato imperativo de “asegurar” derechos humanos del enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) que solo puede asegurarse lo que existe previamente;</li> <li>b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y</li> <li>c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio. (Cuadragésimoséptimo).</li> </ul>	<p>A14 “El deber del Estado de “aseguramiento” es siempre correlativo al reconocimiento de un derecho humano y viceversa”.</p> <p>A15 “El deber de aseguramiento exige “hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que puedan experimentar los derechos, o peligro o amenaza de afectación”.</p> <p>[Observación: parece referirse a peligros (riesgos desproporcionados o condición intrínseca que puede causar lesión) y amenazas inminentes y no a simples “riesgos” proporcionados o mera probabilidad].</p> <p>A16 “El deber de aseguramiento exige acciones positivas de protección relativas a la titularidad de derechos (no desconocimiento) como al ejercicio de los mismos”.</p>



<p>El mandato de protección de la vida se refiere a dos derechos: 1) el derecho a que nadie nos la quite, y 2) a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto”.</p> <p>La sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del <i>nasciturus</i>, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “<i>pro homine</i>” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía”. (Quincuagesimotercero).</p>	<p>A17 El deber de protección del Estado correlativo al reconocimiento del derecho a la vida, comprenden impedir mecanismos</p> <p>Ante la duda de que un mecanismo pueda afectar el derecho a la vida del no nacido, hace surgir el deber del Estado de impedirlo.</p> <p>(Es evidente que se trata de un deber ante conductas desproporcionadas o de riesgos desproporcionadamente altos de acaecimiento de la muerte; no se trata de eliminación completa del riesgo de muerte).</p>
<p>Resumen premisas jurídicas:</p> <p>El deber del Estado de “aseguramiento” es siempre correlativo al reconocimiento de un derecho humano.</p> <p>Es un deber que la Constitución impone a los órganos del Estado, el de <i>respetar</i> y <i>promover</i> los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental.</p> <p>El deber de aseguramiento exige “hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que puedan experimentar los derechos, o peligro o amenaza de afectación.</p> <p>El deber de aseguramiento exige acciones positivas de protección relativas a reconocer la titularidad de derechos (no desconocimiento) como garantizar el ejercicio de los mismos”.</p> <p>Ya que el no nacido es digno y, por lo tanto, persona, es que surgen deberes estatales de aseguramiento.</p>	
<p>* Voto concurrente del ministro señor Marcelo Venegas</p>	
<p>1. Me basta no solo para fundar una duda razonable sobre sus efectos abortivos, sino para formarme la convicción de que es algo bastante real que la anticoncepción de emergencia puede interceptar el óvulo ya fecundado e impedir su implantación, destruyendo una o muchas vidas humanas en su etapa más temprana.</p> <p>2. Los antecedentes me llevan a pensar, sin embargo, que estando actualmente penalizada toda forma de aborto (por el Código Penal y el Código Sanitario), de prosperar una modificación legal que pretendiera abrir espacios de licitud a la práctica de alguna clase de aborto, será porque el legislador ha tenido la prudencia de ponderar que incursiona en un campo que el constituyente quiso deliberadamente hacerle restrictivo y exigente, y habrá limitado su iniciativa a casos tan calificados y justificados que podrán conciliarse con el contexto valórico y normativo de la Constitución.</p>	<p>A1 Considerando que el no nacido es persona desde la fecundación, se encuentra prohibido realizar acciones peligrosas en contra de él, incluso antes de la implantación.</p> <p>A2 La existencia de una duda razonable sobre sus efectos abortivos, incluso antiimplantatorios, son suficientes para tener por inconstitucional e ilegal la aprobación de un producto.</p> <p>A3 Que el constituyente ha establecido un mandato de protección al no nacido flexible pero restrictivo al legislador.</p> <p>A4 El mandato de protección es flexible, en tanto el legislador está facultado para ponderar situaciones excepcionales.</p> <p>A5 El mandato de protección es restrictivo, en tanto no permite al legislador a autorizar o tolerar el aborto sin una ponderación del legislador.</p>
<p>Arribo a la conclusión señalada compartiendo la posición de don Enrique Evans, quien postuló... “lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica del aborto común”.</p>	



No obstante este precedente del Tribunal Constitucional, el parlamento aprobó el proyecto de ley que eufemísticamente denominó de “despenalización” del aborto en tres causales, aun cuando su centro no estaba radicado en aspectos penales. Dicho proyecto tuvo como antecedente el mensaje presidencial N°1230-362 de 31 de enero de 2015, que propuso un proyecto sobre autorización limitada del aborto con un contenido sistemático concreto y una fundamentación filosófica-política definida. El proyecto de ley, en términos específicos, no contenía modificaciones penales sustantivas, sino una completa institucionalización de la interrupción del embarazo en el Código Sanitario. La principal modificación se incorporaba en el art. 119 del Código Sanitario que regula el actuar del facultativo médico y que, hasta ese momento, se reducía a autorizar solo la muerte indirecta en casos de riesgo para la vida de la madre, aunque no especificado en su última versión.

Dicho proyecto de artículo 119 señalaba que, mediando la voluntad de la mujer, un médico cirujano se encontrará autorizado para interrumpir el embarazo, en tres casos (indicaciones) diferentes: a) riesgo vital de la mujer, presente o futuro; b) alteración congénita o genética del feto incompatible con la vida y c) se trate del resultado de una violación. La única referencia al derecho penal, la representa la introducción de una cláusula general tanto al art. 344 y 345 CP (delito de autoaborto y al aborto del facultativo), en los siguientes términos: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”. El resto del articulado se refería a la regulación de las formas de asegurar la manifestación de voluntad de la mujer (información sanitaria), el aseguramiento de la prestación de salud y objeción de conciencia limitada al médico cirujano. En su esencia, el proyecto fue aprobado en dichos términos.

## 2. Requerimientos de inconstitucionalidad

El día 2 de agosto de 2017 un grupo de senadores de la República presentó un requerimiento de inconstitucionalidad “preventivo” al articulado del proyecto de ley (art. 1 numeral 1,2,3,4; art. 2 y 3 y artículo transitorio) que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9.895-11); lo mismo hizo un grupo de diputados el día 8 de agosto del mismo año que previamente habían realizado prevenciones de inconstitucionalidad durante la tramitación del proyecto. Ambos requerimientos fueron presentados una vez que ya había concluido la tramitación tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, por lo que el texto sometido al conocimiento del tribunal era definitivo, aunque se encontraba aún pendiente su promulgación. Luego, con fecha 11 de agosto del mismo año, la cámara de diputados hizo entrega de la formulación de observaciones a los requerimientos, mismo trámite que realizó la presidente de la República con fecha 13 de agosto.

a. El requerimiento del grupo de senadores esgrime como tesis central la inconstitucionalidad del proyecto de ley por la vulneración a los mandatos establecidos en el art. 19 N° 1. Todos estos argumentos son presentados de manera de proponer una interpretación al texto constitucional y de rechazar interpretaciones “originalistas” del mismo que acentúan la aceptación de

excepciones a la protección basadas en la degradación del estatuto del no nacido. El contenido y sentido del texto constitucional del art. 19 N°1, para esta tesis, se sustenta tanto 1) en su estructura normativa proveniente del art. 75 del Código Civil (p. 22) y su historia en la Comisión Constituyente de carácter omnicompreensiva y protectora en el contenido del mandato (p. 36); 2) en la competencia limitada otorgada al legislador para legislar sobre la vida del no nacido y; 3) manifestaciones positivas invariables del contenido protector en el ordenamiento jurídico.

Estos argumentos están encaminados a justificar que el art. 19 N°1 es heredero de toda una tradición jurídica orientada a dar efectiva protección al derecho a la vida del que está por nacer sin excepciones, que configura una reserva legal no solo formal sino también material, esto es, limitada y no discrecional: “...es incuestionable el deber de proteger esa vida y que esta tarea, sin discrecionalidad ni excepciones, tiene que ser cumplida por la ley configurando un caso de reserva legal fuerte”. Sobre la base de este argumento, los requirentes sostienen que el proyecto de ley que introduce tres causales de permisión y mandatos de realizar prestaciones médicas de interrupción del embarazo, sobrepasan la “competencia” entregada al legislador, al menos según la concepción que se extraería desde la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado.

En términos resumidos, la tesis es la siguiente:

El legislador no es competente para legislar respecto de la vida del que está por nacer si, en dicha ley, efectivamente no se lo protege (p. 39): debe mandar, permitir o prohibir *protegiendo* la existencia vital del no nacido hasta su nacimiento. “Proteger no es, ante todo, realizar acciones positivas a favor de alguien o algo, sino, más bien, cubrirlo o defenderlo de amenazas exteriores”.

El mandato de protección mandataría *modos positivos* y un *mínimo negativo* (p.40 y 41.): La tesis del grupo de senadores sostiene que el legislador como sujeto del mandato debe al menos desarrollar una medida positiva de protección, aunque la Constitución sería deferente con el legislador en la elección de medios más o menos eficaces. Sin perjuicio de lo anterior, aquello implica un límite de carácter negativo: “el deber de abstención u omisión de todo medio de destrucción o afectación del sujeto y objeto sobre el cual recae la protección constitucionalmente exigida”. El mínimo negativo, desde la lectura del requerimiento, no solo sería un problema de contenido de las medidas subordinadas al verbo “proteger”, sino también de proporcionalidad (p. 40). En este caso, el proyecto de ley carecería de racionalidad mínima por desproporción entre los propósitos buscados por la normativa propuesta y los medios previstos para alcanzarlos.

El Legislador carecería de competencia para establecer una jerarquía *a priori* e inamovible entre derechos fundamentales y bienes constitucionales (p. 51). La autorización legal y el mandato para poner directo término a la vida del que está por nacer, mediando la voluntad de su madre, supone legitimar la posibilidad de que el Legislador pueda establecer, de una vez y para siempre, en los casos previstos, la primacía de su decisión deliberada y autónoma por sobre la vida del ser que está por nacer.

b. A diferencia del requerimiento preventivo presentado por un grupo de senadores centrado esencialmente en el art. 19 N°1 de la Constitución, el deducido por un grupo de diputados pone en el centro de la discusión explícitamente dos aspectos omitidos por el anterior: el estatuto del no nacido y la objeción de conciencia. No es extraño entonces que la argumentación se centre específicamente en los arts. 1, 5 y 19 N° 26 de la Constitución.

Este requerimiento construye de manera mucho más expresa su argumentación: las personas naturales no

pueden ser tratadas como bienes administrables y objetos de ponderación, por lo que establecer una regulación que somete a ponderación y poner en preeminencia los derechos de la mujer por sobre los del hijo, termina por aceptar tal instrumentalización y desconocer el estatuto de persona del no nacido (p. 16). El proyecto de ley aceptaría de manera tácita —aun cuando declara los bienes de la mujer como los del no nacido como “inconmensurables”— a) que los intereses de la mujer se alzan como absolutos (pp. 16-17) y b) que la “interrupción del embarazo es equivalente” a “occisión directa o muerte directa”. Esta argumentación se desarrolla esencialmente sobre la base de los siguientes puntos:

El no nacido es titular de derechos humanos y a él le es reconocido en nuestra Constitución el estatus de sujeto de derechos humanos o persona. (p. 15; p. 37; p. 65).

El no nacido, en dicha condición, es titular del derecho a la vida y sujeto de protección del deber que tiene el Estado a proveerle protección (19 N°1).

La idea de legalización se basaría en que la acción de interrupción del embarazo no solo pasaría a considerarse como permitida, sino que además el Estado establecería las condiciones o marco de acción institucionalizado (reglamentaciones) para que se transformen en prestaciones exigibles (p. 22); algo así como un derecho a exigir las prestaciones (pp. 19-20). No es correcta la tesis de la mera “despenalización”.

Constitucionalmente no es admisible que situaciones complejas como las expresadas en las hipótesis se transformen en razones válidas para disponer de la vida humana. Una solución que mire a una de esas vidas como superfluas —indigna de protección o inferior— resulta ser contraria a la Constitución (p. 64).

Todo lo anterior se ve manifestado en cada una de las causales o indicaciones introducidas. Así, en la primera causal (p. 59) el problema de constitucionalidad no se expresaría en la necesidad de solucionar un problema de inexigibilidad del deber de mantener su embarazo, sino en que esta es solucionada con una fórmula que resulta ser inconstitucional: la autorización a ejecutar *intencionalmente* una intervención matadora. Aquello se vería manifestado en que la causal autoriza, durante todo el tiempo del embarazo, no solo ejecutar las acciones —sin exigir esperar el momento de la viabilidad—, sino también en que “interrumpido el embarazo” en períodos de viabilidad no consideraría cuidados paliativos al

hijo sobreviviente (p. 60). Así construida esta causal, solo garantizaría derechos de la madre e ignoraría los intereses y derechos de su hijo que sería excluido del análisis médico y de la necesidad de desarrollar cuidados especiales.

También se vería manifestado el problema de constitucionalidad en la segunda causal en tanto su fundamento está radicado en las pocas capacidades de sobrevivir fuera del útero materno, lo que habilitaría a su “pérdida” o “violento desmedro de protección”. Aquí se argumenta que la proximidad a la muerte no es excepción constitucional admisible a la protección a la vida (p. 61). Aquella circunstancia accidental de la vida del no nacido, además, afectaría a criaturas sanas que, por alguna circunstancia, se ven expuestas a un diagnóstico precario: posibilidades de mal diagnóstico por falta de médicos especializados.

Finalmente, la inconstitucionalidad de la tercera causal derivaría en que la pérdida del derecho a la protección de la vida del no nacido y la pérdida de interés en esta, como consecuencia de su origen en un delito contra su madre, derivaría en una excepción injustificada del derecho a la vida. Aquel no es un agresor que deba soportar la acción occisiva.

El análisis de la inconstitucionalidad se basa, entonces, esencialmente en la vulneración de los siguientes principios constitucionales (p. 73): 1) vulneración al art. 1° de la Constitución y específicamente el principio de “servicialidad del Estado”; 2) vulneración al reconocimiento del estatuto de persona del art. 5 inc. 2°; 3) vulneración de la garantía de inviolabilidad del núcleo del derecho humano del art. 19 N°26; 4) el derecho a la vida del art. 19 n°1 y; 5) el principio de proporcionalidad.

### 3. Sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de aborto en tres causales es compleja no solo por la diversidad de sus argumentos (muchos de ellos incompatibles o contradictorios entre sí o derechamente infundados), sino también porque lo que se expone como fundamentación del mismo se encuentra radicalmente matizado por la prevención de uno de los ministros que concurrió al voto de mayoría (p. 239). Dicho voto de prevención coincide en esencia con planteamientos de los ministros que concurrieron a los votos disidentes —esto es por la inconstitucionalidad del proyecto de ley— que derechamente limitan sustantivamente la interpretación formulada por el legislador. Lo anterior se materializa en que en aspectos esenciales como la interpretación del sistema de los derechos humanos, el estatuto del no nacido o en la objeción de conciencia, no cuentan con un respaldo mayoritario de los miembros del tribunal. Aquello, no cabe duda, no afecta en nada la decisión de declarar constitucional la regulación relativa a la permisión de la interrupción del embarazo y sus causales así como la objeción de conciencia, pero sí podría afectar el contenido de las mismas en su aplicación concreta (al alcance y naturaleza de las causales).

#### 3.1. La sentencia

a. Esta es una sentencia que, en términos generales, se deja ayudar por una serie de discursos políticos (i) que se

presentan como estructurales en el análisis jurídico pero que, en su esencia, no juegan un rol relevante en el mismo ya sea por ser evidentes, redundantes o, derechamente, porque el tribunal no le atribuye una función concreta. De estas características son, por ejemplo, las denominadas “consideraciones previas” (considerandos séptimo a décimo); la consideración respecto al contenido de los precedentes (considerandos vigésimo a vigesimoquinto) y, en particular, la formulación de criterios interpretativos (vigesimosexto a trigésimosegundo). En efecto, como se explicará, si bien el tribunal desarrollará una interpretación originalista y literalista del texto constitucional (gramatical-sistemática), hace referencia como elemento determinante en la interpretación a criterios sistemáticos (escasamente implementados con posterioridad) y dinámicos (derechamente ignorados con posterioridad). Seguir estos parámetros para reconstruir la argumentación, podría resultar infructuoso o llevar a equívocos, en tanto no es efectivo que se haya sido leal a estos.

En realidad, los elementos estructurales de la sentencia se cimentan en tres consideraciones básicas que, de manera poco clara, se esbozan ya en los elementos presentados como “guías del razonamiento” (trigesimotercero a cuarenta y dos). Estos elementos, si bien son presentados de manera desordenada, apuntan a cuestiones muy diversas que,

para efectos de este análisis, los ordenaremos en tres: 1) Estatuto del no nacido [el estatuto de bien jurídico (no persona) del no nacido (cuadragésimo)]; 2) Deberes de la mujer [Sociedad pluralista (trigesimocuarto); Mujer como sujeto de derecho y de políticas públicas que obligan a interpretar el “embarazo” (trigesimoquinto a trigésimonoveno); derechos de los pacientes (cuadragésimosegundo); derecho penal como ultima *ratio* (cuadragésimoprimer)] y 3) Deberes del Estado [mujer como sujeto de políticas públicas (trigesimonoveno)]. Estos tópicos se estructuran y desarrollan con posterioridad, pero aquí forman parte de un apoyo a la tesis central, la que es anunciada en el considerando cuadragésimo y se desarrolla en torno a la interpretación del art. 19 N°1 inc. 2° de la siguiente forma:

b. La declaración de constitucionalidad del proyecto de ley se deja sostener, como ya se ha adelantado, en la declaración del estatuto del no nacido como mero “objeto de protección” (bien jurídico), tesis que define la forma de proceder frente a las colisiones entre este y los intereses de las personas propiamente tales; define la naturaleza de la protección (no como un derecho subjetivo humano) y los límites de la protección estatal al no nacido (concepto de protección). Esta tesis es desarrollada en la sentencia tanto en el considerando cuadragésimo (respecto a los elementos guía), como en el análisis del art. 19 N°1 en el título VIII (considerando cuadragésimotercero a sexagesimoprimer; p. 82) y el análisis del concepto persona en el título IX (considerando sexagesimosegundo a septuagesimonoveno).

El Título VIII que comprende los considerandos cuadragésimotercero y siguientes referidos al análisis del derecho a la vida, sorprendentemente, es desarrollado de manera previa al análisis del concepto de persona, aun cuando la lógica exigía lo contrario. Aquello se debe a que la sentencia renuncia a un análisis de fondo relativo al concepto “persona” —evitando un análisis metajurídico— y lo hace dependiente del análisis originalista/literal (gramatical-sistemático) del art. 19 de la Constitución que, a su vez, queda anclado en la valoración desarrollada en un régimen no democrático.

La argumentación de este Título VIII se estructura sobre la base de responder los argumentos de ambos requerimientos, los que son reconstruidos, en el considerando cuadragésimotercero, de manera extremadamente simplista. Aquello da cuenta, ya sea de una falta de comprensión del problema por parte del voto de mayoría o derechamente de no haber encontrado respuesta a las objeciones de estos.

Respecto a lo referido al deber de protección al que se refiere el art. 19 N°1 inc. 2°, el voto de mayoría sostiene (considerando cuadragésimoquinto y siguiente) que la Constitución marca una diferencia estructural entre los deberes del Estado relativos al nacido en comparación con lo establecido en el inciso segundo relativo “al que está por nacer”. Mientras respecto al primero “establece” —utiliza verbo sustancialmente distinto a “garantiza”— el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona [esto es, un derecho], al segundo solo lo reconoce como un interés constitucional mandatando su protección al legislador.

El alcance de dicho mandato, sin embargo, es limitado o, al menos, mucho más limitado que aquello que otorgaría el estatus de “persona” y se expresa en el siguiente argumento:

Análisis gramatical-sistemático: Luego de un análisis gramatical del concepto “proteger” y sus usos en la Constitución, se sostiene que estas disposiciones (que el concepto implica) “no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento”, así, “proteger” no implica exigencia de medidas de protecciones concretas (como las que provee excepcionalmente el derecho penal) ni impide el desarrollo de derechos que limitan el interés protegido (cuadragésimosexto).

Contenido: Proteger sería un deber activo que abarcaría cuidar, favorecer, defender [interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento] (cuadragésimoséptimo).

Límites: Esta protección exigiría del Estado no excederse en la protección imponiendo o estableciendo medidas —por ejemplo, deberes— que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros” y exigiría “no desproteger”, esto es, no implementar medidas indispensables para el resguardo de la vida. (cuadragésimoséptimo).

Conclusión: Ya que las medidas de protección pasan “inevitablemente” por la progenitora, la protección del que está por nacer debe pasar, en primer lugar, por protegerla, ya que debe contar con ella y, en segundo lugar, no otorga un título que permita perjudicarla. El legislador no podría instrumentalizarla (no puede ser considerada medio), por lo que no podría imponer su voluntad si aquello implica peligro para su vida ni imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. (cuadragésimoséptimo).

Argumento de apoyo a la conclusión es de carácter sistemático: Una inversión —esto es, cuando la Constitución ha permitido hacer primar un interés o derecho por sobre otro— lo ha dicho expresamente, cuestión que no sucede en la especie.

Estos argumentos son repetidos y reafirmados, incluso, respecto al derecho a la vida en los considerandos cuadragésimoctavo y cuadragésimonoveno, dando a entender que la inclusión al no nacido como persona no cambiaría en nada la argumentación. Respecto al derecho a la vida, recuerda que se encuentra también protegido por tratados internacionales sobre derechos humanos —entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 4)— aunque expresamente omite señalar que el último se refiere y reconoce expresamente tanto el derecho a la personalidad jurídica como el derecho subjetivo a la vida del no nacido, aceptando limitaciones. Respecto a dicho derecho, sostiene el razonamiento del fallo, “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, posibilitando —a *contrario sensu*— excepciones racionales, tales como la legítima defensa o estado de necesidad o casos de actos médicos riesgosos.

Los demás argumentos giran en torno al contenido gramatical-sistemático de la expresión “está por nacer” (¿cómo utiliza el constituyente el concepto “está por nacer” o “no nacido” en lugar de hijo, menor de edad, etc.?), análisis del cual no se obtiene ningún argumento relevante (quincuagésimo), más, solo volver a recalcar la tesis ya expresada anteriormente de que entre el inc. 1 y 2 del art. 19 existiría una diferencia estructural y sustantiva. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal pareciera rescatar de dicho análisis una conclusión más significativa de lo que realmente se analiza: que el límite temporal del “nacimiento” —entendido como separación total de la madre— marcaría en la carta fundamental una cesura que permite distinguir estatutos de protección diferentes. La tesis contraria —esto es, que el no nacido recibe un estatus de titular de derechos subjetivos y sujeto de protección constitucional— es desechada, entonces, sin recurrir al análisis *sistemático-teleológico* propuesto tanto por el grupo de senadores como de diputados, — lo que lo reduce solo a un análisis *literalista*.

Dicho rechazo a la interpretación sistemática y teleológica que debería incluir no solo el sentido de las demás normas constitucionales —como el art. 1 y 5 de la Constitución— y, en todo caso también, normas internacionales sobre derechos humanos (como el

Pacto de San José de Costa Rica) se cristaliza en el disperso y poco claro análisis del comienzo de la protección constitucional (como objeto de protección) en la “concepción”. El tribunal declara que “la Constitución guarda silencio respecto del comienzo de esa condición”, sin perjuicio de que, como reconoce, la Convención Americana reconociera el “derecho” a la vida desde la “concepción” y que el legislador haya fijado dicho criterio en la Ley N°20.120 (quincuagesimoprimer). Mayor relevancia le otorga a las decisiones regulatorias del derecho a la vida, ejemplificándola incorrectamente en *Artavia Murillo versus Costa Rica* e inexplicablemente en una supuesta *redefinición* del legislador del momento de la “muerte en la muerte cerebral” en la Ley N° 19.451 (quincuagesimoprimer). En consecuencia, si bien la Constitución no fija expresamente estatutos de protección diferenciados para el nacido y no nacido, el tribunal reconoce limitada su competencia solo para definir el momento del comienzo de la protección constitucional para el no nacido desde un momento en particular (a pesar de lo textual de la Convención Americana, declaraciones expresas del legislador derivado nacional y la posibilidad de desarrollar un análisis sistemático), pero sí lo hace respecto al nacimiento y su significado.

Finalmente, el tribunal se refiere a un aspecto relativo a la amenaza penal (quincuagésimocuarto), en tanto esta interpreta de los requerimientos que el argumento relativo a que “proteger no es permitir y exige prohibir”, se relaciona con un problema que podríamos definir de “merecimiento y necesidad” de pena. En otras palabras: entiende que el problema del contenido de las normas primarias está exclusivamente vinculado a la existencia de normas de sanción penal (confunde norma de conducta y norma de sanción). Nuevamente, el tribunal recurre a una interpretación sistemático-gramatical, y llega a la conclusión de que “proteger no puede interpretarse como prohibir” (quincuagesimoquinto) y que, en materia penal, el constituyente no reguló ni limitó las facultades del legislador (solo limita los efectos de la ley en art. 19 N°3) y, por el contrario, la Constitución le encarga a él la prerrogativa de punición. Así, el legislador tendría facultades para crear, modificar o derogar delitos y un margen de apreciación amplia (quincuagesimosexto a sexagésimo). Sin embargo, la confusión en la que incurre el tribunal es grave, en tanto el contenido de la norma de conducta o norma primaria no está determinada por la norma de sanción, en tanto esta última solo resulta ser un mecanismo de protección de la primera norma o los intereses que la primera pretende proteger. Esta confusión entre norma de prohibición y de sanción del tribunal llega a su máxima expresión en el considerando



sexagesimoprimeros en que, si bien expone correctamente que la protección que establece la norma constitucional no puede reducirse al ámbito penal, sin embargo luego defiende la derogación de ambas como consecuencia de la posible desproporción de la norma de sanción, cuestión que carece de lógica.

c. El análisis posterior del concepto de persona en el título IX en relación al análisis del “derecho a la vida” en el Título VIII —aun cuando la lógica indicaba lo opuesto— solo se explica si se le considera como un argumento accesorio, alternativo o dependiente del primero. Aquello da cuenta de la posición ideológica en que se ubica el voto de mayoría no solo en relación al aborto, sino esencialmente en relación al sistema de derechos humanos.

Frente a la controversia entre la tesis de la cámara de diputados y la defendida en los requerimientos de inconstitucionalidad sobre el estatuto del no nacido, el tribunal utiliza nuevamente criterios gramaticales y/o *sistemático-gramaticales*, esto es, análisis lingüísticos de las palabras utilizadas en la configuración de las normas y de los conceptos utilizados por el constituyente para referirse al titular de derechos en los distintos numerales del art. 19, para extraer contenidos o límites. También utiliza un criterio sistemático normativo, aunque relativo solo a normas del Código Civil que regulan aspectos patrimoniales de la existencia legal, respecto de la cual también se desarrolla un análisis gramatical, omitiendo análisis a textos de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lamentablemente estos análisis se ordenan de manera descontextualizada, lo que exige un esfuerzo de nuestra parte para sistematizar.

Que del análisis del Código Civil, en particular de los arts. 74 y ss., se extrae la idea de que el Código Civil solo le denomina persona a los nacidos, lo que significa que la existencia legal principia con el nacimiento (sexagesimotercero y cuarto). Un análisis similar se repite más abajo, en el considerando septuagesimoquinto, en torno a la expresión “individuo de la especie humana” del art. 55 del Código Civil y que pretende contestar al argumento de los requirentes sobre el valor jurídico constitucional de todos los individuos de la especie humana “sin distinción” y que justificaría su inclusión como titular de derechos humanos. El tribunal, sin embargo, interpreta la cláusula de *no exclusión* “cualquiera su edad, sexo, estirpe o condición”, extrañamente desde su capacidad para “excluir”, esto es, que la cualidad accesorio en la existencia de los seres humanos “edad”, no resulta ser un elemento de discriminación “solo”

desde el nacimiento, aunque antes de aquel momento sí lo sea. Esta idea estaría respaldada porque el art. 76 señala que el momento de la concepción se calcula a partir del nacimiento.

Por su parte, respecto al concepto persona en la Constitución, los considerandos sexagesimoquinto y siguientes plantean la idea de que este se construye también a partir del nacimiento (sexagesimoctavo). Aquella conclusión se extraería del análisis del art. 1, art. 19 y otros de la carta fundamental y que se refieren a sujetos que ejercen derechos después de nacidos. Aquello se vería cristalizado con toda su fuerza cuando el artículo primero —norma nuclear en la estructura normativa constitucional— declara que las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos, ya que ubica el momento del nacimiento como la instancia que los seres humanos adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más (sexagesimonoveno). El argumento histórico relativo a una interpretación formulada por el constituyente derivado durante la tramitación de la Ley N° 19.611 que modificó el art. 1 de la carta fundamental en el sentido de reemplazar la expresión “los hombres” por “las personas”, y que dejó constancia de cubrir con dicha expresión a los no nacidos, fue también rechazada (septuagesimoprimeros). Las razones radican nuevamente en un argumento gramatical: Antes y ahora la constitución utiliza el concepto “nacen”, no siendo legítimo al intérprete su extensión (septuagesimoprimeros). Lo anterior es reforzado por un argumento totalmente improcedente, en tanto lo que se buscaba desarrollar era un argumento histórico-teleológico y no una interpretación legal (formal-vinculante), y se señala que una interpretación de dichas características exigiría *quorum* especial (artículo 66) o ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1) (septuagesimosegundo).

Uno de los argumentos de los requerimientos, el más importante, es aquel que se refiere a que nuestra carta fundamental acoge una idea de que los individuos de la especie humana por sus cualidades esenciales —sin distinciones accesorias como la edad, sexo, estirpe o condición como el nacimiento— debe ser reconocido como titular de derechos humanos o persona desde la concepción.

El voto de mayoría, además de realizar impertinentemente un análisis normativo del Código Civil para resolver el punto (septuagesimoquinto), hace una afirmación radical que no solo afecta la problemática del no nacido, sino todo el sistema de derechos humanos. La tesis es doble: una que afirma y otra que borra lo afirmado;

la primera señala que “puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana.”. Luego señala que, “Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos” —nada menos que el derecho a la vida—, “son los que la Constitución asegura... No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura”. La tesis asumida, entonces, busca limitar el estatuto de los derechos humanos por todas las vías formales posibles, principalmente la gramatical: una, la esencial, relativa a sus fuentes, que lo que permite es sostener que como la “letra de la constitución” crea y configura el derecho, “gramaticalmente” puede limitar el contenido o excluir de su goce o acceso a ciertos sujetos (un ejemplo es el análisis de los considerandos septuagésimocuarto o septuagesimosexto); la otra, que permite limitar el análisis, es reducir el límite a la regulación de los derechos por su contenido esencial (art. 19 N°26), en tanto dicho límite no se extendería a un procedimiento general de legitimación de la regulación de los derechos, sino solo a aquellos ‘cuyas garantías’ esta establece”.

El más limitado de los argumentos (septuagesimoséptimo) desde el punto de vista lógico, se puede resumir así: “los numerales del artículo 19, razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada... El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos”. Consecuencia de lo anterior es que el único numeral que le reconoce un derecho específico al no nacido, del cual puede ser titular, es el art. 19 N°1 —el derecho a la vida—, no podría ser interpretado como derecho, en tanto los demás se refieren a nacidos.

Finalmente, dos argumentos (considerandos septuagesimosegundo y septuagesimonoveno) que han sido ordenados en este Título de la sentencia relativo al concepto “persona” del no nacido, curiosamente desarrollan ideas relativas a la limitación de los deberes del Estado y en torno a los derechos de autonomía de la mujer. Aquello tiene su lógica nuevamente: como ya es permanente en la sentencia, el estatuto del no nacido se hace dependiente de la regulación del derecho y los deberes de quienes están llamados a respetar el derecho del nonato (inversión de la argumentación).

El primero de ellos, en lo esencial, sostiene que la decisión del legislador de —por medio de la Ley N° 19.611— modificar el art. 1 de la Constitución (que sustituyó hombre por personas) tendría un efecto en la solución constitucional de la controversia: “la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho

suficiente para autorizar interrumpir el embarazo” (septuagesimosegundo). Este reconocimiento de titularidad de derechos, implicaría —aunque no explica cómo llega a tal conclusión— que no se podría limitar su autonomía “frente al *nasciturus*”.

El segundo argumento proviene del considerando septuagesimonoveno, y podría resumirse en que, si bien la vida del no nacido es un bien jurídico protegido constitucionalmente, este mandato de protección —frente al reconocimiento de la autonomía de la mujer— tendría límites: “Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer... El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar”.

d. Respecto de la primera causal, entrega tres grupos de argumentos, todos los cuales impresionantemente hacen una cesura argumentativa con la esencia de la sentencia: el primero (considerando nonagesimosegundo) es vincular el problema del contenido de la norma prohibitiva con el problema de lo que en derecho penal llamaríamos “merecimiento y necesidad de pena”, esto es, de la norma de sanción penal; el segundo, en el considerando nonagesimotercero, da a entender que son dos las condiciones que legitiman el acto médico de interrupción del embarazo, una es suficiente y otra es necesaria. Se señala que la intervención médica se legitima por la necesidad de salvar la vida de la madre, pero en todo caso el médico debe someterse a una segunda exigencia de legitimación exigida por la ley de los derechos y deberes de pacientes: “Ni aún en caso de riesgo vital, se puede proceder sin ese consentimiento”.

En el considerando nonagesimoquinto plantea una nueva solución a la colisión de deberes positivos (sanar) y negativos (no matar) del médico (ante las clásicas que hace primar el deber de omisión o la solución del doble efecto que cancela solo parcialmente el deber de omisión, permitiendo cumplir el deber positivo de actuar) y cancela cualquier tipo de valoración estatal: prima la voluntad de la mujer de seguir o no con el embarazo: “Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir”, cuestión que no puede ser competencia del Estado. En otras palabras, reconoce que respecto de este tema, cualquiera sea la decisión del Estado —exigir la mantención del embarazo o no— resultan ser decisiones que no le corresponde. La valoración social es neutra. Esta neutralidad que se expresa en que la causal no autoriza una conducta “justa”, sino que tolera lo que decida la madre, es consecuencia



que entiende el deber de mantener el embarazo como “inexigible”. Ya se refirió al respecto en el considerando cuadragésimoséptimo al sostener que los deberes no pueden ir “más allá de lo razonable y sacrificuen el derecho de otros”.

Respecto a la segunda causal, el fundamento explicitado es que exigir el mantenimiento del embarazo de un feto inviable resulta ser una carga insoportable: “no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer” (centésimocuarto). Sin perjuicio de lo anterior, por tratarse de una decisión con efectos irreversibles (la muerte), es que esta siempre constituirá una medida de “*última ratio*” (centesimoprimero).

En el análisis respecto a la tercera causal, queda de manifiesto nuevamente la principal argumentación en torno al proyecto: *la inexigibilidad basada en una idea de “patologización” de la mujer*. Frente al argumento de los requerimientos de que se está frente a un hijo sano, surge la tesis de la sentencia: “el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer” (centesimooctavo). Se trataría de una proyección del sufrimiento del ataque sexual en el embarazo, por lo que el Estado ofrecería una cancelación temporal (centesimodécimo) —por un plazo determinado— de los deberes de la madre, en atención a la desproporción que aquello significaría, en cuyo caso esta “tiene la opción de interrumpir el embarazo”. El no ejercicio de la opción en la oportunidad, hace precluir la opción (y el deber correlativo de tolerar dicha opción) y el deber de tolerar el embarazo sigue vigente al punto que debe continuar con él “como cualquier otra mujer”.

Dos argumentos adicionales resultan ser complejos: La interrupción del embarazo sería consecuencia de una inexigibilidad —“no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito”— que se concreta en “una defensa tardía del ataque vejatorio”. El argumento de la sentencia parece estar consciente de que los costos o efectos lesivos de la defensa legítima tardía, a la que hace referencia, recaen sobre un “tercero” (el no nacido) distinto al agresor y que se extiende no solo a la posibilidad de interrumpir el embarazo, cuestión no exigible, sino además al derecho a existir del hijo. Se trataría, no solo de una forma de eliminar los costos del embarazo, sino también los costos personales de su vida: “En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida” (centesimonoveno).

### 3.2. La prevención, en el voto de mayoría

El voto mayoritario conformado por el voto de seis de los miembros del Tribunal Constitucional, cuenta con una prevención relevante, pero que desarrolla un argumento absolutamente contrario. El ministro Domingo Hernández, parece no concordar en la esencia de las tesis formuladas por el voto de mayoría de la sentencia, aun cuando es parte de la decisión que resolvió por declarar constitucional la regulación, o no acoger los requerimientos.

En lo fundamental, la prevención —extrañamente manifestada por su propio autor como disidencia en el cuerpo del texto— asume como propia las tesis del voto disidente, aunque llegando a resultados diversos. En principio (letras a-d del punto 1) fija los pilares de su opinión: 1) El no nacido es persona; 2) las causales no constituyen derecho o reconocimiento de autonomía que alcance a la interrupción legítima del embarazo, la que tiene límites en los derechos de otros y; 3) la particularización del conflicto no solo alcanza a la mujer gestante, sino también al padre (letra b). Este voto va acompañado de una declaración, que parece ser fundamental:

La diversidad de visiones acerca de la persona y la sociedad, debe convivir dentro de un marco regulado común y aceptable para dicha misma sociedad en su conjunto (algo como la “norma hipotética fundamental” se sostiene) que constituye —como en la definición de persona— un plexo valórico irreductible y no susceptible de elucidación analítica, que oficia de fundamento de validez del Derecho.

Desde esa perspectiva, la prevención solo acepta la legitimidad constitucional de las tres causales de interrupción del embarazo, en la medida que siga lo que denomina “estrictos límites y criterios”:

Reconocer que se trata de casos de conflicto de bienes jurídicos entre la vida de la madre y la vida del embrión o feto, o la existencia de una real situación concreta de no exigibilidad de otra conducta derivada de las anormales circunstancias de motivación o formación de la voluntad.

Así, reconoce que las causales tendrían tres distintas naturalezas jurídicas, según las circunstancias: 1) En el caso de la primera causal —de riesgo para la vida de la gestante— la causal se fundaría en la tesis del doble efecto, en cuyo caso afectaría de igual forma a la madre

y al médico eliminando ya sea la tipicidad (por riesgo permitido) o la antijuridicidad (muerte indirecta, pero segura)<sup>10</sup>. De hecho, reconoce que se trata de una excepción a la regla general de la prohibición, lo que, por lógica, debería entenderse como una causa de justificación. A pesar de aquello, la prevención señala que se trata de un caso “de la no exigibilidad de otra conducta”, debe configurarse una real situación de estado de necesidad exculpante entre bienes jurídicos incommensurables. Debido a aquella lectura —incorrecta desde punto de vista dogmático— es que se ve obligado a considerar que la exención de responsabilidad del médico lo es en virtud de una excusa legal absoluta, por razones de política criminal (que no afecta la ilicitud de

la conducta) (¡llama la atención que se considere “el doble efecto” como una causal que mantendría la ilicitud de la conducta!!); 2) En relación a la segunda y tercera causal, la lógica es similar, esto es, se debe distinguir entre las razones de afectación al médico y la madre. Aunque las razones son menos incompatibles que la causal anterior; 3) En la tercera causal, el argumento es expresado de manera más directa y clara, en lo relativo a su naturaleza exculpante: “independiente de consideraciones axiológicas irresolubles, ha entendido ambas conductas como no plausibles de responsabilidad penal, si bien no marginadas de antijuridicidad”. Se trataría de casos de inexigibilidad de otra conducta, que deben ser analizadas caso a caso.

## 4. Comentarios al voto de mayoría

4.1. Renuncia a un sistema prejurídico-constitucional de los derechos humanos

Como se ha hecho ver en la introducción, la discusión en torno al aborto desarrollada en nuestro país se cimenta en otra discusión general anterior que se puede expresar en la interrogante que sigue: ¿qué sistema de derechos humanos resulta ser más coherente y eficiente? ¿Uno prepositivo o uno positivista? El primero desarrolla la tesis de que valoraciones esenciales que establecen los fundamentos y contenidos de los derechos humanos deben ser “extraídas” de la arbitrariedad del poder temporal y se caracteriza por dejarse construir desde la valoración moral y prejurídica de dignidad (los derechos son anteriores a su reconocimiento o tesis prepositiva); el segundo —positivista— que propone que los derechos humanos son meros acuerdos que generan —como señala Spaemann— “edictos de tolerancia revocables”, de manera que en tanto tal pueden ser anulados (2003, pp. 105-118).

Según hemos descrito, cinco de los miembros del tribunal que concurrieron al voto de mayoría asumen una posición positivista que se ve expresada en una opción por la interpretación “originalista” en su vertiente más “gramaticalista o literalista”. Dicho método les permite ignorar expresamente el fondo de la valoración, esto es, evita los análisis a otras normas estructurales que cumplen aquella función desde una perspectiva axiológica o, en su defecto, evita vincular la interpretación de la norma del

art. 19 N°1 inc. 2° con el sistema general de derechos humanos (nacional e internacional). Pero la declaración más relevante de esta tesis positivista, relativa a los derechos que asegura la Constitución, está radicada en la declaración de que los derechos tienen como fuente un acto de soberanía, en tanto el legislador los configura: “No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura” (septuagésimocuarto).

Aun cuando esta opción originalista/literalista del voto de mayoría puede ser legítima desde una perspectiva hermenéutica general, no lo es si se trata de la interpretación de los derechos de la carta fundamental chilena; esto, porque el texto constitucional nacional resulta ser incompatible con este método si se consideran las normas constitucionales de las “Bases de la Institucionalidad” como referente. La perspectiva elegida por la sentencia resulta más un acto político antes que “jurisdiccional”. Aquello es así porque las mismas normas constitucionales reconocen expresamente dicha incompatibilidad. Cláusulas como la de servicialidad del art. 1 (“El Estado está al servicio de la persona humana”); o la cláusula de esencialidad de los derechos como limitación a la soberanía (“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”) o que dicho mismo artículo reconozca que solo “reconoce” derechos ya existentes prejurídicamente, de la misma forma que lo hace el art. 19 que califica su intervención como “asegurativa” o “garantizadora” de lo ya existente,

<sup>10</sup> Véase al respecto García Palominos (2015, p 225).

dan cuenta de esto. Un rechazo a aquella perspectiva —por una supuesta falta de seguridad respecto al contenido y límite de los derechos expresada en el considerando septuagésimocuarto— solo da cuenta de una tendencia a no tomar en serio el mandato de “reconocimiento de la naturaleza humana” (art. 5) como fuente y límite de los derechos<sup>11</sup>. Pero la falta de lógica del argumento se convierte en mera falta de voluntad (¡propia de decisiones “políticas!”), si se reconoce que dicha complejidad en el reconocimiento de derechos humanos solo se puede manifestar en aquellos derechos que no son expresamente reconocidos ni en normas nacionales ni internacionales, pero no en aquellos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile, como es el derecho a la vida del no nacido (derecho a la personalidad jurídica en el Art. 3 y derecho a la vida en el art.4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos). Como se ha demostrado en el cuadro argumentativo desarrollado más arriba, una justificación como esta para desconocer el derecho a la vida del no nacido, traería como consecuencia general —más allá del debate del aborto— que en el reconocimiento de los derechos humanos más que el contenido de este como “naturaleza humana” vale la fuente sancionadora, esto es, que se encuentre contenido en la Constitución.

Probablemente, la inconsistencia más relevante de la sentencia, radica en que, por una parte, acepta que la “dignidad humana” forme parte de los valores constitucionales del art. 1 y, por otra, al momento de hacer operativo dicho concepto, simplemente lo desconozca y asuma como inicio de la garantización de los derechos humanos un momento accesorio en la vida de los seres humanos: “el nacimiento”. Aquella inconsistencia es evidente, ya que la dignidad como concepto —aunque indeterminado— da cuenta de que la personalidad jurídica y titularidad de los derechos reconocida constitucionalmente es consecuencia de una valoración social que proviene de ciertas circunstancias propias de la “naturaleza humana” que no son ajenas o extrínsecas al sujeto, sino que le son propias y esenciales. En cambio, las consideraciones expresadas en el considerando sexagesimonoveno y septuagesimoséptimo sobre el momento del “nacimiento” como relevante constitucionalmente para acceder a la personalidad jurídica, acuden a un análisis meramente gramatical que elevan a esencial un aspecto meramente accidental en la vida de un individuo de la especie

humana; así intenta suplir la selección de circunstancias propias y esenciales de un ser humano que lo hacen especialmente valioso, como su capacidad racional, su capacidad para el pensamiento conceptual y la libre elección. Esto es, acudiendo a un argumento gramatical —contenido en una cláusula con un significado valorativo histórico— selecciona un momento que en nada aporta a una valoración moral y jurídica que se hace respecto de él. Expresión evidente de esta confusión en la sentencia, es la interpretación limitada que desarrolla de la cláusula declarativa “cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición” del art. 55 y que originalmente ha sido entendida como un mandato a valorar al ser humano desde sus características esenciales y no accidentales —cuestión que en la Constitución se extrae del art. 1 y art. 5— pero que acá es limitado arbitrariamente solo a los nacidos, esto es, a una característica precisamente accidental y accesorio.

Así, entonces, reconociendo que este es un problema que excede al del aborto, no cabe ninguna duda de que esta sentencia representa un importante “retroceso” para el sistema constitucional de reconocimiento y protección los derechos humanos.

4.2. Originalismo y la metodología de interpretación gramatical, por sobre la interpretación axiológica y sistemática

En los considerandos vigesimosexto y siguientes del fallo, el voto de mayoría introduce una declaración respecto a los criterios de interpretación que serán centrales en la solución del caso. Nombra a criterios como la “presunción de constitucionalidad”, el principio de la “interpretación conforme”, el método sistemático, la dinamicidad de la interpretación constitucional y el originalísimo. Llama la atención que se haya referido al método de interpretación histórica como “originalismo” y que este se haya calificado como auxiliar y no central. Aquello es sorprendente, ya que, de un análisis muy detallado de los argumentos esgrimidos, es posible sin mucha dificultad concluir que el originalismo cumple una labor central en el fallo, haciendo depender aspectos esenciales ya sea de mera cuestión lingüística o de la historia del establecimiento de la Constitución. Declara textualmente que el método originalista será utilizado “en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto”, cuestión que como se ha señalado

<sup>11</sup> La utilización del argumento originalista/literal se concentra exclusivamente en la norma del art. 19 N°1 y se contrapone a la interpretación sistemática constitucional, pero lo que resulta ser más extraño es que dicha interpretación sistemática se encuentra también refrendada por la historia de la configuración de aquel sistema, lo que es abiertamente omitido por la sentencia. Así, por ejemplo, en la sesión 203 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se afirmó: “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”.

es inexacto. Dicha inexactitud se ve demostrada en dos características en la formulación de los argumentos: 1) Que la sentencia no desarrolla una interpretación sistemática valorativa entre sus normas, sino que se limita a desarrollar simplemente análisis sistemáticos de usos lingüísticos de los conceptos; 2) la literalidad del texto es inamovible (interpretación de conceptos de “nacimiento”, “garantización”, etc.) y 3) la renuncia a reconstruir la valoración moral y jurídica de los seres humanos desde el contenido valorativo de las normas de bases de la institucionalidad —cualquiera pudiera ser el resultado—, para derivárselo a la historia de la redacción de la Constitución.

Ni siquiera el juez norteamericano Antonin Scalia — uno de los principales representantes de la interpretación originalista de la Constitución y que defendía la tesis de que la interpretación jurídica debe reconocer como límite los “entendimientos originales” de los que redactaron las disposiciones— se cerró a considerar el texto de la Constitución como expresión de valores evolutivos y no permanentes (Scalia, 1988-1989). El originalismo expresado en el voto de mayoría, como se ha señalado, se restringe a un análisis textual/literal como una forma de demostrar que la interpretación al texto debe acercarse y demostrar cierta afinidad cultural con su “origen”. Lo anterior se ve demostrado en que se abstiene de ofrecer una reconstrucción valorativa del contenido sistemático de la Constitución o su evolución vinculada a los tratados internacionales, para transferir “sin pudor” la carga argumentativa (valoración moral y jurídica constitucional) a la desarrollada por la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Comisión asesora de la Junta Militar) y Consejo de Estado” organizados durante un régimen no democrático. La sentencia no se remite solo a interpretar dichos documentos, sino que adicionalmente los copia textualmente a pie de página como una forma de acreditar dicho nivel de lealtad. Este intérprete constitucional es incapaz de corregir aquella situación, acudiendo a las valoraciones posteriores incorporadas al ordenamiento jurídico por medio de tratados internacionales sobre derechos humanos o interpretaciones desarrolladas por el mismo constituyente en democracia. Si bien aquello supone un riesgo, es un riesgo que los Estados de derecho en democracia deben poder asumir, si el texto constitucional manifiesta aquel déficit<sup>12</sup>.

Adicionalmente, el originalismo que utiliza el voto de mayoría no solo considera parte ínfima de la historia (y la literalidad del texto como pretexto), sino que desarrolla conclusiones incorrectas respecto a las ideas centrales del contenido de las actas. Esto porque si bien es cierto que de estas es posible concluir que el mandato de protección al legislador penal del no nacido podía considerarse flexible, no es igualmente concluyente que la estrategia para lograr aquello implicaba la degradación a un mero bien jurídico de la criatura no nacida. Lo claro es que los asesores de la Junta de Gobierno estimaron que no le correspondía a la Constitución referirse y regular aspectos como el delito de aborto (merecimiento y necesidad de pena) y que aquello debía entregarse a la discusión del legislador quien tendría, por un lado, un mandato especial de protección (algo así como una reserva legal) y, por otro, la capacidad de valorar y ponderar de mejor manera las circunstancias específicas. Aquello, sin embargo, nada dice relación al estatuto del no nacido (o un cuestionamiento a su personalidad jurídica), sino que con la flexibilidad para valorar el merecimiento y necesidad de sanción penal o —interpretándolo en términos más amplios— con el modo más o menos intenso de desarrollar la protección que podría incluir la revisión e intensidad de los deberes extrapenales de la madre en casos excepcionales.

El *originalismo radical* asumido por parte del voto de mayoría, criticado por las mismas razones en el voto de prevención del ministro Hernández, constituye un retroceso en el desarrollo hermenéutico de la Constitución. Esto no solo lo es porque dicho ejercicio no refleja un ánimo por conectar dicha interpretación con las normas de bases de la institucionalidad, sino tampoco en relación a desarrollos posteriores, como el desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos<sup>13</sup>. Una posible aclaración respecto al estatuto de protección y de la personalidad jurídica del no nacido, exigía un análisis sistemático que incluyera, por cierto, el art. 1, 3 y 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos que, de manera expresa, declara el derecho a la personalidad jurídica de todos los seres humanos (desde la concepción). Evadir, para estos efectos, el fallo de Artavia Murillo y otros versus Costa Rica,<sup>14</sup> incluso para optar por una tesis diferente, tampoco resulta ser adecuado.

<sup>12</sup> Los problemas interpretativos que una interpretación originalista en estas condiciones, ya han sido denunciados por Muñoz León, (2007, p. 385).

<sup>13</sup> En el mismo sentido Muñoz León, (2007, p. 387).

<sup>14</sup> [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=235](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=235) [Fecha de consulta 21 de marzo de 2018].

El reconocimiento expreso de la titularidad de derecho establecido por la Convención Americana y así interpretado por la Corte Suprema chilena y el Tribunal Constitucional en los precedentes inmediatos de esta sentencia, dan cuenta del reconocimiento no condicionado de la personalidad y titularidad de derechos humanos del no nacido. Una interpretación del estatuto del no nacido, desde la exigibilidad de los deberes —esto es, desde una posible interpretación restrictiva del art. 1 y 3 desde el art. 4.1.— no resulta ser coherente o razonable, pero adicionalmente vulnera el principio de “irreversibilidad”. Se trata de la vulneración de un principio —en este caso establecido en el art. 29 c) de la Convención Americana— que señala que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno”. En otras palabras, si bien puede aceptarse que una optimización de los derechos implique la limitación de estos, dichas interpretaciones no pueden desconocer absolutamente la existencia del derecho o que no lo pueden regular de tal forma que se lo limite en su esencia. Ambas cuestiones suceden en la especie.

#### 4.3. Tesis jurídicas desde las obligaciones de la madre y deberes del Estado

a. Probablemente el aspecto más relevante de la tesis mayoritaria, radica en el argumento de que el mandato de protección del Estado no le impone el deber de incorporar al ordenamiento jurídico un “deber absoluto” (“no matar nunca”) que impida el desarrollo de otros derechos. Aquello implicaría, que los deberes —negativos y positivos (no solo no dañar, sino también cuidar, favorecer y defender al no nacido)— tendrían como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”. Aquella tesis del voto de mayoría parte de la base de que el legislador debe considerar a) al embarazo como un estado temporal de compromiso vital de la mujer; b) el legislador no puede instrumentalizar a la mujer con el objetivo de proteger al no nacido, por lo que los deberes se convierten en inexigibles cuando generan riesgo vital o cuando imponen deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. Se trataría, del reconocimiento de que el Estado, en casos que solo puede calificar el legislador, no puede obligar a la madre con el fin de proteger al no nacido a que deba soportar ciertos costos para la vida del destinatario del deber que, por su peso,

se vuelven inexigibles.

El fallo no ahonda respecto a su fundamentación concreta ni es explícito en lo relacionado al contenido de los “deberes” de la madre, aunque es evidente que ha asumido algunos —no todos— los desarrollos dogmáticos que provienen de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 1975 (BVerfGE 39, 1) y de 1993 (BVerfGE 88, 203) basados en la idea de “inexigibilidad” relevante para excluir la tipicidad y que ha tenido manifestación en la dogmática penal mucho más amplia<sup>15</sup>. En la dogmática penal nacional, autores como Bascuñán (2004), Wilenmann (2013) o Hernández (2016) habían propuesto también para Chile —ya sea *de lege lata* o *de lege ferenda*— soluciones basadas en la inexigibilidad de ciertos deberes de solidaridad o de tolerancia del embarazo. Esta inexigibilidad, a diferencia de aquella desarrollada en torno a la culpabilidad (causa de exculpación), no se basaría en la afectación de las condiciones personales que presupone la motivación conforme a la norma (culpabilidad), sino en los límites generales y en abstracto que tiene el Estado para exigir un deber (inexigibilidad del cumplimiento versus justificación de la imposición) (Véase una explicación a esta separación en Contesse y otros (2017, inédito pp. 9-12)).

En efecto, se ha construido toda una dogmática del delito de aborto casi exclusivamente desde deberes de solidaridad (Bascuñán) o de mera tolerancia de fuente institucional (Bascuñán; Wilenmann), aun cuando, reconocen que la prohibición del aborto se deduce, por un lado, desde la prohibición de dar muerte a otro —la que solo impone al destinatario una restricción de la libertad general de acción—, como adicionalmente, por la imposición del “deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro” (Bascuñán 2004, p. 167). Sostienen que si el Estado se considera a sí mismo obligado a proteger la vida del feto, este debe transferir todo el peso de sus deberes a la mujer, ya que él mismo no puede sustituir su posición. Esta obligación especial constituiría, según Wilenmann (2013, p. 296), un deber de solidaridad por necesidad que se manifiesta tanto como deber de tolerancia, cuanto como deber de auxilio/resistencia limitada (pp. 301-302). Esto porque el embarazo supone siempre la afectación del cuerpo de la mujer y aquello, por la naturaleza, es insustituible. Ya que se trataría de un deber de tolerancia impuesto por ley, frente a la imposibilidad del Estado por sustituir la obligación de la mujer, que, en todo caso, exigiría ausencia

<sup>15</sup> En la dogmática penal internacional véase Henkel (2008).



de ciertos márgenes de daño respecto de la persona obligada. En principio, y si bien el deber de tolerancia abarca la afectación del cuerpo de la mujer, el deber no se extendería a casos en que exista peligro para la vida de la madre. No se trataría de una causa de justificación —esto es, de una permisión que reemplaza la prohibición original—, sino de una prohibición no aplicable. Por lo mismo, y para el caso del deber del médico, el aborto terapéutico sería la evitación de una muerte que la mujer no tiene deber de tolerar y que el derecho no prohíbe (al menos su prohibición no alcanza); por lo mismo, la conducta del médico sería impune (Wilenmann, 2013, p. 316): “por un mínimo de racionalidad en la protección de la mujer, el sistema tiene que cancelar la validez de la prohibición del aborto también respecto de terceros” (p. 317). Característico de ambas tesis, es que se desarrollan esencialmente en torno al deber de solidaridad y evitan —a pesar reconocerlo— referirse al deber negativo de no matar, con lo cual su propuesta parece no ser completa ni jurídica ni moralmente.

A diferencia de los autores anteriores, Hernández ha desarrollado una explicación que presupone una referencia al deber negativo de “no matar”, esto es, la posibilidad de interpretar alguna de las causales desde una especie de “estado de necesidad defensivo”. Se trataría de hipótesis en que “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” (Hernández, 2016, p. 253).

En la tesis de Hernández —ya esbozada antes por Bascuñán— el no nacido es apreciado como fuente de riesgos para la madre. A diferencia de los casos de estado de necesidad agresivo, en que el titular del bien afectado no ha incidido en el peligro para quien pretende defender un bien y, por lo mismo, exige subsidiariedad y que el bien protegido sea de mayor valor que el afectado, en este caso resulta ser atenuado. Al ser considerado el no nacido “fuente del riesgo” —al menos desde la perspectiva causal— los efectos es que debería exigirse la subsidiariedad (búsqueda de otro medio idóneo menos gravoso) y proporcionalidad en el sentido que el bien afectado no sea preponderante al bien protegido. Hernández, sin embargo, solo acepta el segundo, en los siguientes términos: exigiendo solo una moderada proporcionalidad “en términos de que el mal que se evita no sea mucho menor que el que se causa para evitarlo”.

Los principales problemas, entonces, de la tesis del Tribunal Constitucional, en tanto podrían seguir

estas propuestas dogmáticas desarrolladas por la doctrina nacional, son dobles. El primero radica en que incorpora una solución con un lenguaje de “mandato de optimización” —que implica no aceptar el sacrificio absoluto de cualquiera de los intereses en conflicto— basada esencialmente en la “inexigibilidad” de ciertos deberes de la madre que los entiende, en primer lugar como meramente solidarios o de mera tolerancia (no se refiere a los negativos) y, en segundo lugar, como deberes comunes (la madre no sería titular de un deber especialísimo). El segundo problema radica en que la perspectiva del estado de necesidad defensivo —única que considera el deber negativo— no solo no es capaz de dar explicación a todas las causales, sino que adicionalmente, al menos en la explicación del único autor que la desarrolla, no considera en los casos más extremos— como el de riesgo para la vida de la mujer— que el no nacido no siempre es fuente del riesgo y, en aquello en que sí lo es, no considera que aquel riesgo no le es “imputable o atribuible”, por lo que no analiza los efectos de aquello (Ossandón, 2015, p. 161).

En lo relativo al primer problema, esto es, que construye su solución desde deberes de tolerancia (concebidos como meros deberes positivos), oculta que la existencia de límites a dichos deberes de solidaridad o mera tolerancia no derogan los deberes negativos de no matar que son comunes a todos. Así, y si bien es perfectamente posible reconocer que la mujer no tiene un deber absoluto de mantener o continuar el embarazo —en la medida que no sea físicamente posible—, sin embargo el deber de no matar directamente sí lo es: siempre será exigible el deber de abstenerse de matar intencionalmente a un inocente, si se parte de la base de que ese individuo es valorado moralmente como “valioso”. Aquello implica, nuevamente, que si bien se reconoce que nadie tiene el deber ilimitado de tolerar el sacrificio de sus bienes esenciales como forma de mantener la vida de otros, también se debe reconocer que siempre está prohibido matar como fin o como medio a otro, en este caso, al no nacido. Así, mientras en la primera causal no se presentan mayores problemas, ya que resulta absolutamente proporcionado emprender una conducta que permita salvar la vida en la medida que no se utilice a la criatura como medio, sí se produce un problema insalvable en las causales segunda y tercera (principalmente si se quiere utilizar la llamada por el tribunal “legítima defensa tardía”).

Otro aspecto relevante —y que forma parte del primer problema— radica en que define los deberes de la madre como comunes o, al menos, afirma que la madre no puede ser considerada medio, con lo que el Estado no

podría imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige” (cuadragésimoséptimo). Este aspecto, por cierto, desconoce que la madre es titular de deberes permanentes y especialísimos, que van más allá de los “comunes” referidos a no matar o lesionar y relativos a tolerar costos. Estos deberes especialísimos son los que explican que, más allá de las causales, el deber de mantener el embarazo —a pesar de los costos que ello conlleva— sigue resultando vinculante en todos los demás casos.

El segundo grupo de problemas, relacionados con la posible tesis del estado de necesidad defensivo como posible estructura de las causales —única tesis que reconoce que el conflicto está relacionado con el deber negativo de no matar (abortar)— implica aceptar que el no nacido debe soportar su muerte como consecuencia del peligro que genera su “esfera de organización” en la autonomía de la madre. Aquello es, en principio, absurdo. Si, para evitar lo absurdo (aunque aceptando la petición del principio que aquello significa), se reconoce al nonato solo como una “fuente de peligro”, aquello supone, cuestión no reconocida expresamente por Hernández, que debe agregarse a los requisitos de la defensa del propio bien, la selección del medio idóneo pero menos lesivo (subsidiariedad, necesidad o última *ratio*), en cuyo caso la “interrupción del embarazo” sería el medio más intenso, recurrible solo subsidiariamente frente a la ausencia de otro igual de idóneo.

En el aspecto de fondo, la tesis del Estado de necesidad defensivo justificante, que sostiene que es lícito matar intencionalmente a un inocente —nacido o no nacido— por el solo hecho de formar parte de una fuente de peligro para los bienes de otro, deben superar la “petición de principio”, como señala Ossandón, que aquello supone (que es lícito matar, cuando solo es posible evitar el riesgo con la muerte intencional) (2015, p. 154). Esto porque de la misma forma, también existen poderosas razones —como la prohibición de utilizar la muerte de otro como medio— como para solo autorizar la muerte de otro cuando se funde en un ataque injusto o una agresión.

b. La opción interpretativa para la primera causal incorporada por el voto de prevención del ministro Domingo Hernández—que puede entenderse como alternativa a la desarrollada por los demás votos de mayoría— es la del “doble efecto”. Esta posición política, filosófica y jurídica, en tanto valora moral y constitucionalmente al no nacido como “un fin en sí mismo”, y no como una cosa administrable o ponderable, concluye que el nonato no puede ser instrumentalizado o utilizado como medio

para otro fin. Por lo mismo defiende la tesis de que “Nunca es lícito procurar la muerte de un ser humano, ni como medio ni como fin, porque eso equivaldría a negarle su valor intrínseco, esto es, ser fin en sí mismo” (Miranda, 2014, p. 161). Sin perjuicio de lo anterior, y de estar absolutamente prohibido procurar la muerte de otro ser humano como medio para obtener otro tipo de fines, esta tesis sostiene que no está siempre prohibido emprender conductas que puedan tener como efecto colateral o indirecto la capacidad de procurar la muerte. El problema de la tesis expuesta por D. Hernández radica en que le asigna una naturaleza “exculpatoria” para la madre, aun cuando en su contenido se trate de una causa de exclusión del injusto o antijuridicidad para madre y médico.

La tesis del doble efecto responde a esta lógica, en tanto reconoce que la madre que se enfrenta a una colisión de deberes de esta naturaleza, no tiene un deber absoluto de mantener el embarazo, ya que aquel deber depende de que aquello sea físicamente posible. El único deber absoluto lo es el deber negativo de no matar a otro. De ahí que la madre solo tendría como límite la no instrumentalización de la vida del tercero: su muerte no puede ser provocada como fin ni como medio para otro fin, sino sólo como efecto colateral. La prohibición absoluta no es de realizar la conducta riesgosa, sino de desarrollarla con la intención de matar: “un efecto malo que jamás puede ser lícitamente procurado como fin o como medio, puede aceptarse justificadamente cuando es sólo el efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para conseguir un efecto bueno de importancia proporcionada” (Miranda, 2014, p. 161).

Se trata, por lo tanto, de un criterio que autoriza la ejecución de conductas —que de otra forma estaría prohibido emprender— que, no obstante que de ellas surjan efectos tanto buenos como malos, sea la *ultima ratio* para evitar un mal que proporcionadamente aparece como *inexigible*. La licitud de esta conducta riesgosa, o incluso lesiva, está radicada en que se trata de la única forma de conseguir un fin bueno que, a su vez, es la única forma de evitar un daño tan grave en proporción al efecto malo, que no esté obligado a sufrir (Ugarte, 2010, p. 394). La conducta buena necesaria, ya que de otra forma se estaría obligado a omitir a costa de sufrir un mal irreparable al agente o un tercero (p. ej. la muerte), solo produce el resultado dañino como efecto colateral.

La importancia de esta teoría es que permite resolver los conflictos de interés, aunque manteniendo una configuración social, idea de Estado instrumental al individuo, respetuosa de la dignidad humana y del



estatuto de la persona humana. Adicionalmente, esta solución no es incompatible con la aplicación del sistema diferenciado del delito (injusto y culpabilidad), de manera que criterios como el estado de necesidad exculpante o la falta de necesidad de pena, resultan ser en el resto de los casos, no abarcados por el riesgo permitido, una posibilidad.

c. Todas las tesis desarrolladas por la mayoría (si entendemos que una de ellas sigue la tesis de la literatura) llegan a la conclusión de que pueden existir hipótesis que impliquen que un deber vigente y vinculante puede llegar a ser inexigible, esto es, que si bien la norma sigue vigente resulta desproporcionado exigir la en un caso concreto. La primera de las tesis expuestas por la literatura —la de la mera inexigibilidad— planteará que esta debe ser calificada por el legislador, en el sentido de determinar el nivel razonable de exigencia del deber de tolerancia, aunque —como ya se puede observar— evadiendo la explicación del deber negativo o, a lo menos, los diferenciados efectos y límites que generaría su inclusión en el análisis (cuestión enfrentada por las demás tesis). Por su parte, las demás tesis —la del estado de necesidad defensivo y la del doble efecto— permiten reconstruir la lógica de la causal desde lo que históricamente se ha denominado “estado de necesidad”. Si bien ambas se fundamentan diferenciadamente e implican exigencias distintas, terminan por exigir proporcionalidad y subsidiariedad. Sin perjuicio de lo anterior, la lógica de

ambas tesis se limita exclusivamente a la primera causal y, con dudas, se podría extender a la segunda.

Así las cosas, las indicaciones embriopática y criminogénica (o segunda y tercera causal), quedan reducidas a una fundamentación basada exclusivamente en la inexigibilidad de parte de los deberes positivos de la madre, específicamente los deberes de tolerancia o de solidaridad, dejando vigentes los deberes negativos. La inclusión de los deberes negativos —no matar (abortar)— en la lógica de la inexigibilidad, no solo no ha sido introducida en las reflexiones de la literatura nacional ni en la sentencia del Tribunal Constitucional, sino que además, si fuera incluida, solo sería posible si dicha resolución asumiera como su principal tesis la de que el no nacido es mero “objeto de protección” y, a su vez este, como un objeto ponderable y administrable por su madre. Esto es, no se trataría de un caso solo de inexigibilidad, sino que adicionalmente de un caso excepcional de renuncia a la protección constitucional y aceptación de la instrumentalización del ser humano, en casos desproporcionados (casos, en que los intereses de la madre son inferiores a los del no nacido). Las posibilidades de aceptar aquella tesis, sin embargo, quedan anuladas con la suma del voto de minoría y el voto de prevención en la sentencia del Tribunal Constitucional que niegan aquella posibilidad y quedan empatados con los votos que teóricamente lo aceptarían.

## 5. Reflexión final (ejercicio académico): Límites a la tesis del voto de mayoría

a. No cabe duda de que la tesis central del voto de mayoría se construye sobre la base de tres pilares fundamentales —estatuto del no nacido, deberes del Estado y deberes de la madre— lo que se expresa en la idea de “inexigibilidad” de ciertos deberes de la madre y la necesaria instrumentalización limitada de la vida del no nacido. También ha quedado relativamente claro que el voto de mayoría no ha logrado realmente una mayoría entre los miembros del Tribunal Constitucional —si se considera el voto de prevención y los votos disidentes— respecto a la tesis de la falta de personalidad del no nacido, no pudiendo revertir o derogar el precedente del Tribunal Constitucional al respecto (véase cuadro). Así las cosas, la tesis central esgrimida por el legislador y luego aceptada por parte del Tribunal Constitucional, ha quedado radicada exclusivamente en la “inexigibilidad”

del deber vigente de tolerancia del embarazo, limitando la interpretación del sistema normativo de las indicaciones.

De ahí que pierdan valor varias argumentaciones dependientes del estatuto del no nacido como mero “objeto de protección”, tales como aquella que sostenía, respecto a la primera causal, que no es necesario hacer diferencias de fondo respecto a las formas de interrupción del embarazo, en tanto, “el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte” (considerando nonagesimocuarto). La falta de distinción entre efecto colateral de una acción lícita y efecto directo de una acción buscada, resulta inaceptable si no se logró acuerdo respecto de la despersonalización del nonato y, con ello, de la posibilidad

de su instrumentalización. También pierde valor, por ejemplo, la tesis de cinco miembros que concurrieron al voto de mayoría que sostenía que el límite a la regulación de los derechos por su contenido esencial (art. 19 N° 26) no comprendía el derecho a la vida del no nacido, por no constituir un derecho subjetivo y una garantía del art. 19 de la Constitución. Por el contrario, deberá considerarse que, si bien es posible aceptar riesgos para la vida como legítimos o como manifestación de la no exigibilidad, existe un núcleo de la prohibición, que no puede ceder, si quiere tomarse en serio la idea de la dignidad humana y la no instrumentalización de la vida. Esto es, no puede permitir que el bien pueda ser afectado directamente. Aquello significa que nunca es lícito matar directamente a un inocente.

A pesar de que ya he sostenido que aquella prohibición de matar directamente hace incompatible la nueva ley con la Constitución (García Palominos, 2015, p. 225), principalmente porque el reconocimiento de la personalidad está precedida por la valoración moral y jurídica de ser el nonato un fin en sí mismo no utilizable para otros fines —la muerte del nonato no puede ser utilizada como medio para la existencia o intereses de otro—, parece también que la invitación académica a debatir sobre los efectos de este puzzle constitucional —como le ha llamado Bascuñán— resulta necesaria, de manera de poner límites materiales a la lectura desbordante que se ha hecho de la ley<sup>16</sup>. El grupo de soluciones tenidas a disposición están centradas en definir los límites, alcances y vigencias de los deberes de omitir acciones o de realizar acciones.

b. Una tesis —como ya se ha informado— ya ha sido formulada y defendida por el ministro Hernández en su voto de prevención, al sostener que la inexigibilidad de otra conducta que fundamenta las tres causales solo afectaría la capacidad de la madre para motivarse conforme a la norma de conducta (inexigibilidad de otra conducta). No se trataría así de una norma que autoriza el acto occisivo de un ser humano inocente, sino solo una que reconoce o presume la circunstancia que fundamenta la inexigibilidad, excluyendo la culpabilidad. Cuestión diversa sería la naturaleza de la causal para el acto médico —en tanto no se afectaría la capacidad de motivación por el derecho—, en cuyo caso se trataría solo de una circunstancia que, como una excusa legal absoluta, afectaría la punibilidad, pero que mantendría intacto el injusto y la culpabilidad.

Esta tesis, no cabe duda, que tiene la capacidad de solucionar dicho puzzle constitucional, en tanto puede compatibilizar la existencia de las causales legales y la personalidad del nonato; sin perjuicio de lo anterior, tiene dificultades para explicar que la misma ley garantice estatalmente el acceso a la interrupción del embarazo como una prestación médica. De seguirse esta tesis, las causales —esencialmente la segunda y tercera— deberían entenderse como presunciones de “inexigibilidad de otra conducta”, cuestión que es contradictoria con la esencia “particular” de aquella exclusión de la culpabilidad.

c. Una segunda posible tesis se desarrollaría intentando compatibilizar los límites de la coexistencia entre deberes negativos y de tolerancia de que es titular una mujer embarazada, de manera tal que los límites de este último deber —entre otros, aquel que señala que nadie está obligado a cumplir deberes positivos, si aquello implica lesionar intereses esenciales, por ejemplo, su propia vida— puedan coexistir con aquel deber que prohíbe causar la muerte de un inocente.

Precisamente, a este tipo de soluciones apunta la teoría del doble efecto, relativa a la primera causal, y que, a diferencia de lo sostenido por el ministro Hernández, tendría la naturaleza de causa de justificación, en tanto autorización limitada para realizar una conducta activa originalmente prohibida. Esto, porque aquella reconoce que los deberes de tolerancia y/o solidaridad que son exigibles a la madre, resultan ser inexigibles cuando está en riesgo su vida. La problemática se centra entonces en los límites relativos al deber negativo de no matar a un inocente como medio para salvaguardar su propia vida y que se materializan en la exigencia de omitir acciones directa o intencionalmente occisivas. Su solución es mantener en el ámbito de lo permitido la ejecución de actos médicos riesgosos que buscan sanar a un paciente (conducta buena) —única forma de evitar un mal grave a una persona (en este caso la muerte)—, pero que, como efecto colateral, podría producir o producen la muerte de la criatura. Como ya se ha indicado, aquella falta de instrumentalización se vería manifestada en la falta de intención de matar, constituyéndose en el principal elemento de distinción. Cualquiera sea el caso, se trata de medidas cuyo límite es la *ultima ratio* (necesaria) y proporcionalidad en relación con el mal grave que amenaza.

<sup>16</sup> El Profesor Antonio Bascuñán R. ha acuñado esta situación como puzzle constitucional tanto en la Jornada de Derecho Penal en conmemoración del 10° Aniversario de la Fiscalía Regional de los Lagos en la Universidad Austral de Valdivia (octubre de 2017) como en la Jornadas de Derecho Penal realizadas el año 2017 en Antofagasta.

No resulta de la misma forma compatible con la dignidad del nonato la tesis del estado de necesidad defensivo construida por la dogmática penal, principalmente porque —si bien aquella reconoce la existencia del deber negativo que debe ceder ante la necesidad— no reconoce que al nonato no le puede ser imputado el riesgo (incluso en muchos casos, ni siquiera como mera fuente). La muerte del nonato solo debe ser consecuencia de la interrupción del embarazo, pero no la forma de interrupción.

d. Si bien la tesis del doble efecto puede ser mantenida respecto de la primera causal (y forzosamente en la segunda), no lo es —por su profunda incompatibilidad— con la tercera causal. Este problema es irresoluble.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta un ejercicio académico necesario aquel que intenta analizar cuáles serían los límites lógicos de aquella tesis que decida mantener la idea de la inexigibilidad (no basada en la idea de afectación de la motivación) y, a su vez, que acepte convivir con la valoración moral del no nacido como digno y titular del derecho a la vida. No cabe duda de que una opción como esa debe abandonar la idea de poner al centro de sus soluciones la “instrumentalización” de la criatura, esto es, que la muerte sea un medio para solucionar los problemas que el embarazo implica para la madre. Pero ¿cómo compatibilizar aquello con las reglas de las indicaciones o causales?

Por ahora, sabemos que el Tribunal Constitucional ha argumentado que, si bien el Estado tiene un deber de protección del nonato, imponiendo deberes a la madre y a terceros, entiende que el deber impuesto a la madre de tolerar el embarazo en ciertas condiciones podría ser poco razonable o desproporcionado. De ahí que el legislador tendría la facultad de cancelar dicho deber en ciertas circunstancias, circunstancias que se han transformado en “causales” y que, en materia penal, podrían ser reconocidas como causas de justificación (exclusión del injusto), lo que permitiría la legalidad de las prestaciones de salud. Este último punto está en el centro de la configuración del sistema.

Acudir al principio de “inexigibilidad” de los deberes de tolerancia de la mujer, como lo ha hecho el voto de mayoría en la sentencia del Tribunal Constitucional para

justificar la constitucionalidad de las causales, lo ha obligado a renunciar a “justificar” la conducta por su justicia intrínseca (Ossandón, 2015, p. 160)<sup>17</sup> (ej. donde apuntan las tesis del doble efecto o estado de necesidad defensivo), para solo aceptar una especie de neutralidad del Estado en relación con la decisión de la mujer respecto a tolerar el embarazo. Esta no proviene, entonces, de una ponderación de intereses —por afirmación de un interés preponderante— sino de la consideración a la especial situación en que se encuentra el receptor de la norma de conducta, ya sea por dificultad de motivación conforme al deber o por excesiva la imposición del deber. No se trata de una causa que se base en la justicia intrínseca de la conducta de abortar ni una que afecte la vigencia de la prohibición de matar, sino una que reconoce límites de la exigencia del deber.

No obstante que el principio de (in)exigibilidad ha encontrado una solución penal en la culpabilidad, una parte importante de la literatura penal ha querido proveerle a esta norma del art. 119 bis del Código Sanitario una naturaleza justificante<sup>18</sup>, por su generalidad y por tratarse de una autorización excepcional que no apuntaría a la incapacidad de motivarse normativamente, sino a las consecuencias vitales desproporcionadas de seguimiento de la norma. Esta parte de la literatura sostiene además que la mera referencia a los límites (imposición) del deber de tolerancia no daría cabida a la exigencia de proporcionalidad o necesidad (Ejemplo de esta visión en Contesse y otros (2017, inédito, p. 13)). Esta interpretación genera un problema lógico: una incompatibilidad entre el contenido y alcance de la autorización y el contenido y alcance de la prohibición de matar. Aquello se resuelve metodológicamente volviendo el tema al origen: lo inexigible se refiere al deber de tolerancia y mantenimiento del embarazo (la carga de mantenerse conectada), pero no al deber de abstenerse de realizar conductas destinadas a matar a la criatura. De ahí que el problema relevante esté radicado en definir cuáles son los límites del deber negativo de “no abortar” (no matar) que resulta del reconocimiento de la inexigibilidad del primero ¿hasta dónde se cancela el deber de omitir y se tolera el accionar? Este reconocimiento exige, por cierto, reconocer límites sustantivos provenientes del reconocimiento del estatus de persona del nonato.

<sup>17</sup> En otras palabras: La interrupción del embarazo como consecuencia de la inexigibilidad del deber de solidaridad, coloca la decisión valorativa en la mujer, en cuyo caso la autorización no es consecuencia del reconocimiento de un derecho o de un mejor derecho por necesidad o lo que podríamos denominar “conformidad al derecho” del sacrificio de un bien a costa de otro.

<sup>18</sup> Una perspectiva amplia de la antijuridicidad (dualista), véase en Wilenmann (2017) *Justificación de un delito en situaciones de necesidad*.

e. Si el reconocimiento de la personalidad del nonato se considera seriamente, aquello implica que jamás será lícito procurar la muerte de aquel ser humano inocente ni como un fin en sí mismo ni como medio para otro fin, ya que aquello implica negar su valor intrínseco (Miranda, 2014, p. 160). La causación de la muerte de un inocente vulnera su dignidad si es utilizado como medio para otro fin.

De aquello se obtiene que, por ejemplo, no está autorizada la mujer, el médico ni el Estado, para garantizar la “muerte” del nonato, como medio para solucionar situaciones de inexigibilidad provenientes de la segunda o tercera causal ni menos para incorporar lo que el voto de mayoría —accediendo a una de las alegaciones del gobierno— denomina una “defensa tardía” ante el ataque sexual. Aquello resulta no solo del reconocimiento de la personalidad de la criatura, sino además del voto de siete de los ministros del Tribunal Constitucional que rechazan expresamente la idea de derecho a la disposición del no nacido o derecho al aborto (véase a modo de ejemplo prevenciones de ministros Brahm y Vásquez en pág. 272). La vida del nonato sigue siendo valiosa e indisponible, sin perjuicio de la inexigibilidad del deber de tolerancia de la madre, por lo que la muerte de la criatura que podría no generar responsabilidades penales, desde la lógica de este modelo de solución, es solo aquella que es consecuencia inevitable y necesaria de la desconexión anticipada de la criatura con la madre.

Una situación como esta —esto es, que acepta la inexigibilidad del deber de tolerancia por un lado, pero no la renuncia al estatus de persona y su protección constitucional, por el otro— se ve obligada a reducir el concepto de “adelantamiento del parto” a su sentido más restrictivo, esto es, como la aceptación del emprendimiento de conductas tendientes a separar a la madre de su hijo, aunque manteniéndose como prohibida la ejecución de conductas destinadas directamente a provocar la muerte del no nacido. ¿Es posible aquello?

La inexigibilidad del deber de tolerancia en casos excepcionales, por lo tanto, no reúne un contenido sustantivo que alcance el “decidir sobre la vida o muerte de un ser humano”, sino solo sobre su deber de mantener o tolerar el embarazo. El reconocimiento de aquellas circunstancias como inexigibles, va acompañado de la tolerancia del Estado de llevar a cabo conductas activas que impliquen la “interrupción de aquel estado” y, con ello, el posible efecto de la muerte del nonato. La tolerancia del Estado de aquella conducta riesgosa, o incluso lesiva, que de otra forma la madre y médico estarían

obligados a omitir, solo produce el resultado dañino como efecto colateral a la no exigencia de mantener el embarazo. Si se recurre al ejemplo del violinista de Judith Jarvis Thomson (1971), el sujeto que ha sido conectado en contra de su voluntad, solo podría desconectarse del violinista famoso no debiendo asumir los costos físicos de aquella desconexión (aunque aquello finalmente le cause la muerte al músico), pero por mantenerse vigente su deber negativo de no matar, este no podría clavar un puñal al violinista con tal objetivo.

El establecimiento de la “inexigibilidad” como argumento esencial, entonces, alza como principal límite general a la conducta de “separación madre/hijo” a aquel principio declarado por el voto de mayoría como esencial en la segunda causal: la “última *ratio*”. Señala el tribunal que la “decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de “última *ratio*”, como consecuencia de que “se deben evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible” (centesimoprimero).

Esto resulta ser esencial si se considera que a la criatura humana no nacida no le es imputable la producción de algún riesgo para la vida de la madre (no es “agresor injusto”) ni es causa —en la mayoría de los casos— de la circunstancia que hace inexigible el deber de mantener y tolerar el embarazo o que haría justificable una acción occisiva o riesgosa en su contra. Aquella situación general de imposibilidad de imputación o atribución en sentido amplio del peligro o afectación de intereses, ubica al nonato en una situación especial: en muchas de las situaciones abarcadas por las indicaciones —con excepción de algunas relativas a la primera causal— la criatura es ajena al riesgo de los intereses de la madre. De ahí que resulte absolutamente exigible según este modelo de solución, tanto para la madre como para el médico, que la legalidad del acto de “interrupción” esté supeditado no solo a la no instrumentalización del ser humano, sino adicionalmente a la estricta necesidad vinculada a la razón de inexigibilidad. Existirá un deber tanto de la madre como del médico de considerar las indicaciones o causales en sentido estricto —esto es, como mero reconocimiento de “inexigibilidad” del deber de tolerancia o solidaridad— lo que se cristaliza solo en la posibilidad de que la madre voluntariamente solicite “la separación madre/hijo”, en casos en que no exista un modo alternativo de proteger el interés de la madre, de utilizar el método de desvinculación (desconexión) menos lesivo para la salud de la madre e hijo y acreditando las circunstancias por el medio más seguro. No cabe duda de que, debido a la forma de regulación de las

## Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional

causales por el legislador, no resulta posible la exigencia estricta de que el bien protegido sea preponderante a la vida para el nonato, pero si lo es, la selección del medio —interrupción— solo si no hay otro medio idóneo de protección y menos gravoso, y, en caso de que se seleccione este, que no se trate de un medio menos lesivo para el nonato. La posibilidad de sobrevivencia de la criatura fuera del útero materno nunca podrá ser considerada como un peso o costo que se deba considerar en la fundamentación de la inexigibilidad, al punto de que la muerte nunca puede ser considerada como fin.

En definitiva, de la argumentación del tribunal (inexigibilidad) y asumiendo la necesidad de coexistencia con el precedente respecto a la personalidad de nonato, las exigencias mínimas de las causales serían las siguientes. El reconocimiento de que 1) el nonato no es fuente ni responsable de la mayoría de las circunstancias que generan que las cargas del embarazo resulten inexigibles para la madre; 2) que las causales no son el reconocimiento de derecho al aborto; 3) que, en realidad, se trata del reconocimiento de circunstancias que hacen inexigible el cumplimiento del deber de tolerancia, aunque

no del deber negativo de omitir conductas lesivas para con los demás, y 4) de que si la muerte de nonato no puede ser utilizada como medio para otro fin, entonces la interrupción solo será tolerada si

(1) Se funda estrictamente en las circunstancias establecidas en la ley.

(2) Se hayan cumplido estrictamente las exigencias de seguridad cristalizadas en los deberes de acreditación de la causal establecida en la ley y el reglamento.

(3) No existe un medio idóneo menos gravoso que resuelva la circunstancia de necesidad y que fundamenta la inexigibilidad (no debe existir otra manera de conseguir el efecto bueno).

(4) La acción de interrupción no busca producir el resultado de muerte o la producción de la muerte como medio para obtener algún resultado.

(5) La muerte es solo un efecto colateral de la “interrupción del embarazo” sin riesgo para la madre.

### Cuadro Argumentativo

El ordenamiento jurídico chileno le impone a la madre que lleva en su vientre un hijo y a los terceros que interactúan con ella el deber general negativo de organizar sus vidas sin afectar la vida del <i>naciturus</i> ( <i>naeminem laedere</i> ), de manera tal de omitir cualquier conducta que lesione su vida.	
Adicionalmente, y en atención a que a dicha madre y/o a ciertos terceros —por ejemplo al facultativo— se le imponen deberes prestacionales adicionales, más intensos en relación al <i>naciturus</i> , en tanto se trata de un deber institucional que permite su sobrevivencia.	
La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, establece un vínculo, que implica un compromiso vital para la madre.	
El Estado, como consecuencia del derecho a la vida del nonato, no puede obligar a la madre a actuar contra sí misma, y obligarla a soportar costos desproporcionados, por lo que en casos excepcionales establecidos por el legislador, entiende dicho deber de tolerancia como inexigible.	
Que la aceptación de la inexigibilidad por desproporción de los costos asociados al deber de tolerancia del embarazo, implica reconocer que la madre no está obligada a mantener su cuerpo a disposición de su hijo, aunque NO a matarlo.	No resulta compatible con la idea de la personalidad del no nacido, que la muerte de la criatura sea un medio legítimo de concretar la inexigibilidad, ya que aquello implicaría la aceptación de la instrumentalización de un ser humano.

<p>La inexigibilidad de tolerar el embarazo, no es equivalente a permitir la occisión directa del no nacido, ya que el Estado no puede autorizar la muerte directa de un inocente.</p>	
<p>La inexigibilidad deriva en la posibilidad de solicitar la interrupción del embarazo, entendido este como la desconexión entre madre e hijo.</p>	
<p>El problema esencial radica entonces en que, dependiendo del momento en que se lleve a cabo y el método utilizado para la interrupción del embarazo que implica el incumplimiento del deber de tolerancia, puede causar o no la muerte del nonato.</p>	<p>Es un error pensar que la regla se construye sobre la base de que la materialización de la inexigibilidad del deber por medio de la “interrupción” siempre implica la causación de la muerte del nonato. Aquello no ocurrirá necesariamente, por ejemplo, en el adelantamiento del parto en fase de viabilidad.</p>
<p>Dicho problema esencial en el caso de la tercera causal, por el plazo en que se llevará a cabo (antes de las 12 o 14 semanas de gestación), —al menos, por el avance científico actual— tendrá como efecto, inevitablemente e irreversiblemente, la muerte del feto.</p>	<p>Aun así, el método no es indiferente para calificar el acto de interrupción con resultado de muerte como legítimo o no. La muerte directa siempre será prohibida.</p>
<p>Dicho problema esencial en la primera y segunda causal, resulta ser un problema abierto y depende de la temporalidad y modo de interrupción, ya que la sobrevivencia depende de muchas circunstancias.</p>	<p>Nunca estará permitido causar la muerte directa del nonato en una etapa de viabilidad, sin proveer los medios para la sobrevivencia.</p>
<p>El reconocimiento de que 1) el nonato no es fuente ni responsable de la mayoría de las circunstancias que generan que las cargas del embarazo resulten inexigibles para la madre; 2) que las causales no son el reconocimiento de derecho al aborto; 3) que en realidad, se trate del reconocimiento de circunstancias que hacen inexigible el cumplimiento del deber de tolerancia, aunque no del deber negativo de omitir conductas lesivas para con los demás, y 4) si la muerte de nonato no puede ser utilizada como medio para otro fin, es que la interrupción solo será tolerada si</p> <p>(1) se funda estrictamente en las circunstancias establecidas en la ley;</p> <p>(2) que se hayan cumplido estrictamente las exigencias de seguridad de acreditación de la causal establecidas en la ley y el reglamento;</p> <p>(3) que no exista un medio idóneo menos gravoso que resuelva la circunstancia de necesidad y que fundamente la inexigibilidad (no debe existir otra manera de conseguir el efecto bueno);</p> <p>(4) la acción de interrupción no busca producir el resultado de muerte o la producción de la muerte como medio para obtener algún resultado;</p> <p>(5) la muerte solo puede ser efecto colateral de la “interrupción del embarazo” sin riesgo para la madre.</p>	



d. Hemos intentado realizar un ejercicio meramente lógico de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional. Ahora queda a la filosofía, a la dogmática constitucional y penal evaluar si aquella situación es efectivamente compatible.

## Anexo

### Cuadro Argumentativo Sentencia Tribunal Constitucional

Estatuto del no nacido (cuadragésimo)	
Contenido del derecho a la vida (cuadragésimotercero y siguientes).	
Cuadragésimo (respecto a los elementos guía), como en el análisis del art. 19 N°1 en el título VIII (considerando cuadragésimotercero a sexagesimoprimer; p. 82 y ss.) y el análisis del concepto persona en el título IX (considerando sexagesimosegundo a septuagesimonoveno).	
<p>La Constitución encarga al legislador proteger la vida de los no nacidos (cuadragésimoquinto)</p> <p>El derecho a la vida lo asegura solo a los nacidos</p> <p>Introduce una mediación: entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente</p> <p>Gramaticalmente habla “del que está por nacer” en el inc. segundo, en circunstancias de que en el inciso primero habla de “la persona”.</p> <p>“No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos sí, en cuáles no, de qué modo.”</p>	<p>A1 la Constitución gramaticalmente distingue en el art. 19 N°1, a los seres humanos a quienes se les “asegura” el derecho a la vida y aquellos a los que solo se les protege la vida mandatándole tal función al legislador.</p>
<p>Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo (septuagesimoctavo).</p>	<p>A2 Al mandar la Constitución al legislador para proteger al no nacido, lo convierte en un bien jurídico de mucha importancia para la Constitución.</p>
<p>Análisis gramatical-sistemático: estas disposiciones “no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento”, no implica exigencia de medidas de protecciones concretas (como las que provee excepcionalmente el derecho penal) ni impide el desarrollo de derechos que limitan el interés protegido (cuadragésimosexto).</p>	<p>A3 Los mandatos de protección constitucional no son absolutos, esto es, no son mandatos máximos y a todo evento.</p>
<p>Finalmente, tampoco ha impedido el desarrollo de nuevos derechos. Por ejemplo, la protección de la familia no ha impedido la ley de divorcio, la ley de filiación, la ley de unión civil (cuadragésimosexto).</p>	<p>A4 Un mandato de protección no exige como deber correlativo un deber absoluto que impida el desarrollo de otros derechos.</p>
<p>Proteger sería un deber activo que abarcaría cuidar, favorecer, defender [interferencia no perjudicial cotidiana] y medidas positivas de potenciamiento (cuadragésimoséptimo).</p>	<p>A5 El mandato de protección establece deberes negativos y positivos que implica cuidar, favorecer y defender.</p>



<p>Esta protección exigiría del Estado no excederse en la protección imponiendo o estableciendo medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros” y exigiría “no desproteger”, esto es, no implementar medidas indispensables para el resguardo de la vida (cuadragésimoséptimo).</p>	<p>A6 El mandato de protección tiene como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”.</p>
<p>Premisa 1 (general): ya que las medidas de protección pasan “inevitablemente” por la progenitora, la protección del que está por nacer debe pasar, en primer lugar, por protegerla, ya que debe contar con ella y, en segundo lugar, no otorga un título que permita perjudicarla. El legislador no podría instrumentalizarla (no puede ser considerada medio), por lo que no podría imponer su voluntad si aquello implica peligro para su vida ni imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige” (cuadragésimoséptimo).</p> <p>Argumento de apoyo a la conclusión, de carácter sistemático: una inversión —esto es, cuando la Constitución ha permitido hacer primar un interés o derecho por sobre otro— lo ha dicho expresamente, cuestión que no sucede en la especie.</p>	<p>A7 Las medidas de protección al no nacido son, por la relación simbiótica entre nonato y progenitora, dependientes de la protección de la progenitora.</p> <p>A8 El legislador no puede instrumentalizar a la mujer con el objetivo de proteger al no nacido, por lo que no podría “imponer su voluntad” e imponerle el deber de mantener el embarazo si aquello:</p> <p>Genera “peligro” para su vida.</p> <p>Impone deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”.</p>
<p>Argumentación histórica (trigesimoprimer):</p> <p>Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: “la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 —la ley protege la vida del que está por nacer— envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección. De otro modo, si se estimase que el derecho constitucional a la vida, reconocido en el inciso primero del artículo 19 N° 1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante”.</p>	<p>A9 “El mandato de protección al legislador penal del no nacido es flexible”.</p> <p>A10 “La protección de la vida como bien jurídico permite esa flexibilidad, que no permite el reconocimiento del derecho a la vida”.</p> <p>A11 “Si la Constitución derechamente se encargara del derecho a la vida del no nacido, se estaría abocando a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto”.</p>
<p>Premisa 2 (específica): que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer.</p> <p>La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre <i>ni le impone tener un hijo producto de una violación</i>. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar. (septuagesimonoveno).</p>	<p>A12 El legislador debe buscar un equilibrio entre el mandato de protección al no nacido y los derechos de la mujer.</p> <p>A13 El equilibrio que el legislador debe buscar implica reconocer que los derechos de la mujer deben primar a partir de cierto límite.</p> <p>A14 La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación.</p>

<p>Premisa 3: El derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N° 1 de la Constitución). También, por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso del arma de fuego por la autoridad policial.</p>	<p>A15 Incluso si el no nacido fuera titular del derecho a la vida, no generaría un resultado de análisis diferente.</p> <p>A16 Los deberes correlativos a que da lugar el derecho a la vida, no son absolutos.</p> <p>A17 La legítima defensa o el estado de necesidad son excepciones al deber de no matar.</p>
<p>Resumen de premisas:</p> <p>La Constitución marca una diferencia estructural entre los deberes del Estado en relación al nacido en su regulación con lo establecido en el inciso primero, de la del que está por nacer.</p> <p>Mientras respecto al primero “establece” el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona” [esto es, reconoce un derecho], al segundo solo lo reconoce como un interés constitucional encargando su protección al legislador.</p> <p>El derecho a la vida, del nacido y del no nacido, no es absoluto.</p> <p>Ni el mandato de protección ni el derecho a la vida son absolutos y tienen como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”.</p>	
<p>Concepto de persona</p>	
<p>Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que solo estas tienen derecho (sexagesimosexto).</p>	<p>A1 Solo las personas son titulares de derechos humanos.</p>
<p>La Constitución construye su concepto de persona a partir del nacimiento. Esta establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (sexagesimoctavo).</p>	<p>A2 Gramaticalmente, para la Constitución solo los seres humanos nacidos son persona.</p>

<p>Las personas por ese solo hecho del nacimiento, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Al tenerla todos (los nacidos), es oponible también a todos (sexagesimonoveno) (septuagesimoséptimo).</p> <p>El inciso primero del artículo 19 N ° 1 garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a “la persona”; el inciso segundo ya no emplea la expresión “persona”. Habla “del que está por nacer”. Si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición “del”, sino que “de la” que está por nacer (septuagesimosexto).</p> <p>Argumentos de apoyo:</p> <p>Septuagésimo (análisis gramatical-sistemático del concepto nacimiento).</p> <p>Septuagesimoprimer (rechaza historia de establecimiento de la reforma al art. 19 N°2, por no cumplir formalidades, Ley N ° 19.611).</p> <p>Septuagesimoquinto. Al utilizar como modelo el art. 55 CC como factor de no distinción la edad, hay un problema porque esta se cuenta a partir del nacimiento.</p>	<p>A3 No todos los seres humanos son persona.</p> <p>A4 Los seres humanos <i>adquieren</i> originaria y gratuitamente la condición de persona, desde el momento del nacimiento.</p> <p>A5 Una vez adquirida la calidad de persona, no es lícito suspenderla, privarla ni cancelarla ni se puede renunciar a ella.</p> <p>A6 Toda norma que acepte la calidad de persona antes del nacimiento es incompatible con la Constitución.</p> <p>A7 La prohibición de utilizar circunstancias como la edad, el sexo, condición, etc. para diferenciar el valor de las personas, lo es solo desde el nacimiento.</p>
<p>Argumento a contrario:</p> <p>El resto de los numerales del artículo 19 razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada. Por ejemplo, el no nacido no puede ser imputado de delito. Por eso el artículo 19 N ° 3 inciso cuarto, habla de “toda persona imputada de delito” (septuagesimoséptimo).</p>	<p>A8 Los derechos humanos —excepto el art. 19 N°1— exigen condiciones habilitantes que no poseen los no nacidos.</p> <p>A9 Los seres humanos deben poseer ciertas condiciones habilitantes para que se les reconozca su condición de persona y de titular de derechos.</p>

<p>Los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover (art. 5) son los que están garantizados en ambos textos (Constitución y tratados). No aquellos que emanan únicamente “de la naturaleza humana”.</p> <p>Puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana.</p> <p>Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura.</p> <p>Por lo demás, cuáles serían esos derechos, qué contenido tendrían, quiénes serían sus titulares, contra quién y de qué modo se ejercerían, cuáles son sus límites.</p> <p>La controversia de este caso no es sobre estos derechos que existirían más allá de un ordenamiento jurídico. Es sobre el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución (septuagésimocuarto).</p>	<p>A7 El Estado está limitado al respeto de los derechos que emanan de la naturaleza humana.</p> <p>A8 Los derechos humanos que emanan de la naturaleza humana son solo los que garantizan y aseguran la Constitución y los tratados internacionales.</p> <p>A9 El derecho del no nacido no es de aquellos derechos que emanan de la naturaleza humana, sino del deber establecido en el art. 19 N°1 inc. 2°.</p> <p>A10 Los derechos asegurados por la Constitución son aquellos que cumplan copulativamente los siguientes requisitos:</p> <p>Emanar de la naturaleza humana</p> <p>Estar reconocidos por la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos.</p> <p>Estar reconocidos por tratados internacionales sobre derechos humanos.</p> <p>A11 Solo existe una fuente de creación del derecho humano, que hace surgir deberes estatales: la Constitución.</p> <p>i) Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, no surge un deber del Estado ¡!</p> <p>ii) Si un derecho que emana de la naturaleza humana está reconocido y asegurado en la Constitución, si surge el deber correlativo del Estado.</p> <p>iii) Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, aunque sí en un tratado internacional, como el art. 19 N°1 inc. 2°, no surge el deber correlativo del Estado ¡!</p>
<p>Por lo demás, el artículo 19 N° 26 señala que los preceptos legales que regulen o complementen derechos o que los limiten, no son cualesquiera, sino que son aquellos cuyas garantías “esta establece” (septuagésimocuarto).</p>	<p>A14 Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, no surge la prohibición de no limitarlo en su esencia.</p> <p>A15 A13 Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, aunque si en un tratado internacional, como el art. 19 N°1 inc. 2°, no surge la prohibición de no limitarlo en su esencia.</p>

<p>Deberes de la Mujer [Sociedad pluralista (trigesimocuarto); Mujer como sujeto de derecho y de políticas públicas que obligan a interpretar el “embarazo” (trigesimoquinto a trigésimonoveno); derechos de los pacientes (cuadragésimosegundo); derecho penal como ultima ratio (cuadragésimoprimer)]</p>	
<p>La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana y sujeto de derechos humanos (trigesimoquinto).</p>	<p>A1 La mujer embarazada es un sujeto a derecho.</p> <p>A2 La mujer como sujeto, tiene derecho a no ser coaccionada a decidir un número de hijos y el intervalo de nacimientos, sino tiene derecho a decidirlo libre y responsable.</p> <p>A3 El embarazo es un proceso fisiológico que debe interpretarse para efecto de la determinación de los deberes de la mujer.</p> <p>A4 El embarazo es un estado temporal que compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas.</p>
<p>Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. (...) También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos.</p>	

<p>El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas; (trigesimonoveno).</p>	<p>A1 La mujer embarazada es un sujeto a derecho.</p> <p>A2 La mujer como sujeto tiene derecho a no ser coaccionada a decidir un número de hijos y el intervalo de nacimientos, sino tiene derecho a decidirlo libre y responsable.</p>
<p>Enseguida, el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación (centesimodécimosexto.)</p>	<p>A3 El embarazo es un proceso fisiológico que debe interpretarse para efecto de la determinación de los deberes de la mujer.</p> <p>A4 El embarazo es un estado temporal que compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas.</p>
<p>Ello se expresa en que toda persona tiene ahora el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud (artículo 14). Dicha manifestación de voluntad debe ser libre, expresa, voluntaria, informada, previa y escrita (artículo 14). ... A partir de este cambio de paradigma, es que el proyecto de ley que examinamos se explica. Por una parte, porque exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Por la otra, porque exige que intervenga un equipo médico para constatar las causales que permiten dicha interrupción (cuadragésimosegundo).</p>	<p>Premisa:</p> <p>A5 El reconocimiento del embarazo como un estado temporal de compromiso vital de la mujer, exige reconocer que el Estado no puede obligar con el fin de proteger al no nacido, a que la madre deba soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación.</p> <p>A5 Toda intervención sobre el cuerpo de una persona, incluso si es a su favor, exige la aceptación voluntaria del paciente que será afectado.</p>

Prevenición	
<p>Observación: tres de los seis ministros no coinciden con el argumento. Uno de ellos lo explica en su voto de prevención en sentido absolutamente divergente (Hernández) y dos de ellos —ministros Brahm y Vásquez— lo explica en la siguiente prevención:</p> <p>4.º. Que, por lo anterior, afirmamos que la procedencia del originalismo como único criterio interpretativo de la Constitución, resulta insuficiente y poco flexible, en general, por lo que será necesario siempre utilizar otros criterios de hermenéutica que permitan resolver el conflicto constitucional con la mayor certeza y adecuada razonabilidad y ponderación.</p> <p>En este sentido, el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2.º del N° 1 del art. 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, <i>fluye incontestablemente para estos ministros que no existe en norma alguna constitucional, un supuesto derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente, y a ello se opone claramente la norma del inciso 2.º del N° 1 del art. 19 Constitucional, que esboza como regla generalísima la protección del no nacido, cediendo ésta, únicamente, claro está, en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla</i>”.</p>	
<p>CAUSALES:</p> <p>Premisa 1ª y 2ª causal: El sufrimiento de la mujer producido por circunstancias excepcionales de embarazo, exclusivamente calificados por el legislador, exige al Estado y sociedad tolerar la decisión de la madre de mantener o no mantener el embarazo.</p>	
<p>Primera causal</p> <p>Nonagesimocuarto. Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;</p> <p>Nonagesimoquinto. Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;</p>	<p>A1 En tanto el efecto de una conducta sea la muerte no natural de la víctima, no hay diferencia valorativa de carácter objetiva o subjetiva.</p> <p>A2 No hay diferencia valorativa relevante constitucionalmente entre aborto directo o indirecto.</p>



Centesimoprimer. Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de “última *ratio*”, de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;

Centesimooctavo. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder. Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

Observación: Tres de los seis ministros no coinciden con el argumento. Uno de ellos lo explica en su voto de prevención en sentido absolutamente divergente (Hernández) y dos de ellos —Ministros Brahm y Vasquez— lo explica en la siguiente prevención:

4°. Que, por lo anterior, afirmamos que la procedencia del originalismo como único criterio interpretativo de la Constitución, resulta insuficiente y poco flexible, en general, por lo que será necesario siempre utilizar otros criterios de hermenéutica que permitan resolver el conflicto constitucional con la mayor certeza y adecuada razonabilidad y ponderación.

En este sentido, el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2° del N° 1 del artículo 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, *fluye incontestablemente para estos ministros*.

A3 Cuando exista una colisión calificada por el legislador entre el deber de omisión y el derecho a evitar un daño activamente (madre)/deber de accionar activamente (médico), el Estado no puede decidir y el deber se vuelve inexigible, por lo que solo la madre debe optar.

A4 La inexigibilidad (limitación del deber de mantener el embarazo) por riesgo para la vida de la madre no necesariamente debe tener por fuente una patología del feto, sino también de una enfermedad de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

A5 Cuando se produzca una colisión entre el deber de omitir una acción occisiva contra el no nacido y el derecho a realizar conductas sanadoras, la opción voluntaria por la acción positiva sanadora constituirá siempre una medida de “última *ratio*”.

A6 Se entiende como última *ratio* aquella medida sanadora de la mujer (o deber positivo del médico) que disminuye al máximo los perjuicios irreversibles que la interrupción del embarazo implica.

<p>Segunda causal:</p> <p>Centésimocuarto. Que, finalmente, se sostiene que el feto no puede ganar o perder derechos de acuerdo al estado de salud. Ya explicamos en otra parte de esta sentencia, que el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona. Se trata, además, de un embrión o feto que padece una patología letal. Por lo mismo, la decisión es si la muerte se va a producir antes o después de la interrupción, estando fuera de la hipótesis de protección de la vida que está por nacer. Como señalaremos más adelante, no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer. Ella es la que tiene que decidir, con los dos facultativos especialistas.</p> <p>Centesimosegundo. Que en relación a la posibilidad de que se produzca el aborto y el feto logre sobrevivir, por una parte, el proyecto contempla que el prestador de salud debe proporcionar los cuidados paliativos. En el caso de que no los necesite, está la regla general del sistema de salud y, por tanto, deberá sujetarse a este. No es que no haya regla para el caso que nazca vivo y sobreviva sin dificultades.</p>	<p>A6 Está permitido hacer decaer los deberes de protección del no nacido en tanto bien jurídico, si se considera su situación de salud.</p> <p>A7 Que el padecimiento del no nacido de una patología letal, esto es, que producirá la muerte inevitablemente, exige reconocer que la interrupción del embarazo solo adelantará la muerte. (Adelantar directamente la muerte de un individuo que inevitablemente morirá, no es igualmente desvalorado, que si se causara ¡la muerte a uno sano!).</p> <p>A7 Que el deber de mantener el embarazo y ¡soportar los costos del mismo!, no se fundamenta en su existencia, sino en que se trata de un ser humano con opciones de nacer y vivir.</p> <p>A8 El deber de mantener el embarazo y tolerar sus costos decae y se hace inexigible, cuando el no nacido está destinado a morir.</p> <p>A9 La muerte producida como consecuencia del adelantamiento del parto en esta situación de inexigibilidad, debe ser tolerada por el Estado.</p> <p>A10 Si realizada la interrupción autorizada de un embarazo, el no nacido sobrevive, surgen de todas formas todos los derechos del nacido (persona) y los deberes correlativos para el Estado.</p>
---	---

<p>CAUSALES:</p> <p>Premisa 3ª causal: El sufrimiento de la mujer producido por circunstancias excepcionales de embarazo, exclusivamente calificados por el legislador, exige al Estado y Sociedad tolerar la decisión de la madre de mantener o no mantener el embarazo.</p>	
<p>Tercera causal</p> <p>Centesimooctavo. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder. Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo. <i>Por otra parte, el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer.</i></p> <p>Centesimonoveno. Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue</p>	<p>A11 (Argumento no señalado expresamente, pero tácito). Que los deberes de mantención del embarazo y de no afectar la vida del no nacido, son independientes a si la fecundación fue voluntaria o no voluntaria, fue o no querida o buscada.</p> <p>A12 Que el deber de mantener un embarazo involuntario se hace inexigible solo temporalmente, cuando este embarazo ha sido consecuencia de una violación.</p>

<p>objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida.</p> <p>Centesimodécimo. Dicho plazo implica que hasta antes de finalizar ese período, la mujer tiene la opción de interrumpir el embarazo. Después de vencido ese plazo, el legislador entiende que ha asumido este, renunciando a dicha interrupción. Y por lo mismo, debe continuar con él, como cualquier otra mujer. Esa es una forma de proteger al que está por nacer. El plazo está establecido sobre la base de que, como las violaciones con embarazo afectan a niñas, estas no se percatan de la situación hasta que es evidente. El plazo disminuye el riesgo, porque este aumenta con la edad de gestación”. PRIMERA CAUSAL</p> <p>Nonagesimocuarto. Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;</p> <p>Nonagesimoquinto. Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;</p> <p>Centesimoprimerio. Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de “última ratio”, de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;</p> <p>Centesimooctavo. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder. Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.</p>	<p>A12a Si el embarazo es efecto de un delito de violación, es un efecto cuyo deber de mantención es inexigible temporalmente para <i>la mujer como consecuencia del sufrimiento de esta y no de las condiciones de su hijo no nacido</i>.</p> <p>A13 La inexigibilidad de mantener el embarazo producto de una violación es temporal, en tanto expirado el plazo establecido por el legislador para expresar la voluntad, la madre tiene el deber de mantener el embarazo.</p> <p>A14 El plazo concedido por la ley, constituye la instancia para que la mujer que ha sufrido un ataque sexual, pueda manifestar su voluntad de no mantener el embarazo y solicitar su interrupción.</p> <p>A1 En tanto el efecto de una conducta sea la muerte no natural de la víctima, no hay diferencia valorativa de carácter objetiva o subjetiva.</p> <p>A2 No hay diferencia valorativa relevante constitucionalmente entre aborto directo o indirecto</p> <p>A3 Cuando exista una colisión calificada por el legislador entre el deber de omisión y el derecho a evitar un daño activamente (madre)/deber de accionar activamente (médico), el Estado no puede decidir y el deber se vuelve inexigible, por lo que sólo la madre debe optar.</p> <p>A4 La inexigibilidad (limitación del deber de mantener el embarazo) por riesgo para la vida de la madre no necesariamente debe tener por fuente una patología del feto, sino también de una enfermedad de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.</p> <p>A5 Cuando se produzca una colisión entre el deber de omitir una acción occisiva contra el no nacido y el derecho a realizar conductas sanadoras, la opción voluntaria por la acción positiva sanadora constituirá siempre una medida de “última ratio”.</p> <p>A6 Se entiende como ultima ratio aquella medida sanadora de la mujer (o deber positivo del médico) que disminuye al máximo los perjuicios irreversibles que la interrupción del embarazo implica.</p>
---	--

## Referencias

- Alvear, S. (2015). Humanismo cristiano, dignidad y persona: una perspectiva sobre el aborto. *Revista Mensaje*, 64(643), 44-46.
- Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el derecho chileno, *Derecho y Humanidades*, (10), 143-181.
- Bertelsen, S. y García Palominos, G. (2015). La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema internacional de derechos humanos. En M. Aguirrezabal y S. Bertelsen (Eds.). *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (pp. 177-201) Santiago, Chile: Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.
- García Palominos, G. (2015). Informe sobre la necesidad de la institucionalización de aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile. En M. Aguirrezabal y S. Bertelsen (Eds.). *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (pp. 225-245). Santiago, Chile: Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.
- Henkel, H. (2008). *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio regulativo*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F limitada.
- Hernández, H. (2016). La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación. En L. Casas, D. Lawson (Compiladoras). *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 229-260). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, pp. 229-260.
- Mañalich, J. P. (2014). La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, (23), 305-333.
- Miranda, A. (2008). El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. *Revista chilena de derecho*, 35(3), 485-519.
- Miranda, A. (2014). ¿Qué es el aborto indirecto?: La prohibición del aborto y el principio del doble efecto. *Acta Bioethica*, 20(2), 159-168.
- Muñoz León, F. (2007). La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable? *Revista de Derecho Público*, (69), tomo II, 383-388.
- Ossandón, M. (2015). Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana. En M. Aguirrezabal y S. Bertelsen (Eds.). *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (pp. 145-168). Santiago, Chile: Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.
- Scalia, A. (1988-1989). Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, 57, 849-865.
- Spaemann, R. (2003). Sobre el concepto de dignidad humana. En Spaemann, R. *Límites: Acerca de la dimensión ética del actuar (Ética y Sociedad)*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias EIUNSA.
- Thomson, J. J. (1971). A Defense of Abortion. *Philosophy and Public Affairs*, 1(1), 47-66.
- Ugarte, J. J. (2010). *Curso de Filosofía del Derecho I*. Santiago, Chile: Ediciones UC.
- Wilenmann, J. (2013). El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 40, 281-319.
- Wilenmann, J. (2017). *Justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid: Marcial Pons.

## Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica: Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=235](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=235) (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)

Peña, Carlos; Squella, Agustín; Bascuñán, Antonio: en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales.

Sala de la Comisión, a 9 de marzo de 2016. Recuperado de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18444&prmTIPO=INFORMEPLEY> (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)  
Londoño, Fernando, en: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales. Boletín N° 9.895-11. Sala de la Comisión, a 9 de marzo de 2016. Recuperado de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18444&prmTIPO=INFORMEPLEY> (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)

Contesse, Javier/Couso Salas, Jaime/ Fernández, José/ Cox, Juan Pablo/ dela Fuente, Felipe/ Guzmán, José/ Hernández, Héctor/ Horvitz, María Inés/ Lorca, Rocío/Maldonado, Francisco/ Mañalich, Juan Pablo/ Medina, Gonzalo/ Rojas, Luis/ Soto, Miguel/ Villegas, Myrna/ Wilenmann, Javier/ Winter, Jaime, "Amicus curiae ante el Tribunal Constitucional de Chile. Informe de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre regulación de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11)" de 11 de Agosto de 2017 (Inédito). Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/informes-de-derecho> (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)