

# ¿ESTÁ EL DERECHO PENAL AL MARGEN DE DISCUSIONES AXIOLÓGICAS? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

## *IS CRIMINAL LAW IN THE MARGIN OF AXIOLOGICAL FOUNDATIONS? CONCERNING THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT*

RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA\*

RAÚL MADRID\*\*

LUIGI CORNACCHIA\*\*\*

**RESUMEN:** En este trabajo se formulan algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara constitucional la nueva regulación que presenta el art. 119 del Código Sanitario. Esta modificación permite la ocisión del que está por nacer ante supuestas situaciones de necesidad e inexigibilidad. Se pretende exponer que, en oposición a lo que indica la prevención del Tribunal Constitucional, la problemática del nuevo art. 119 se encuentra situada un campo axiológico. La tesis jurídico-penal presentada en este artículo descansa en la metarregla del doble efecto, que exige distinguir entre aquellas acciones en que se procura el homicidio de un inocente (per se) y aquellas acciones en que la muerte se desencadena como efecto colateral (per accidens) en situaciones de estado de necesidad.

**Palabras clave:** estado de necesidad, moral absolutismo, metarregla del doble efecto.

**ABSTRACT:** This paper makes some comments on the Chilean Constitutional Court's ruling related to the new regulation presented by article 119 of the Health Code. This modification allows the homicide of the unborn beyond sate of necessity. The aim is to show that,

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magíster en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Internacional, Heidelberg Institute L.A. Magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile. Minor en Sociología, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. rguerra@uandes.cl. Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Chile.

Este comentario de jurisprudencia se inserta en el Proyecto Fondecyt iniciación 11190024 sobre "Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad.

\*\* Doctor en Derecho y Magister en Filosofía, Universidad de Navarra. Magister en Derecho (LLM), mención Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Facultades de Derecho y Filosofía). Director del Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología. rmadrid@uc.cl.

\*\*\* Profesor de Derecho Penal Económico en la Università degli Studi di Bergamo, Italia. Doctor en Derecho Penal por la Università degli Studi di Trento (1999). Profesor visitante de la Universidad de Navarra (España), Universität zu Köln (Alemania), Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania) y de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). luigi.cornacchia@unibg.it

in opposition to what the Constitutional Court's prevention indicates, the problem of the new article 119 is in an axiological field. The legal-criminal thesis presented in this article is based on the meta-rule of double effect, which requires a distinction to be made between actions in which the homicide of an innocent person (*per se*) is sought and those in which death is triggered as a collateral effect (*per accident*) in situations of state of necessity.

**Keywords:** necessity defense, moral absolutism, double effect meta-rule.

## I. INTRODUCCIÓN: PROBLEMÁTICA Y OBJETIVOS DE ANÁLISIS

Desde hace tiempo la dogmática penal se ha planteado la cuestión de los límites en acciones que tengan por consecuencia la muerte de inocentes, la que se aplica analógicamente en la regulación actual del artículo 119 del Código Sanitario, ante una situación de riesgo vital para la madre gestante.

Algunos han pretendido reducir los límites de la justificación en la muerte del que está por nacer. Señalan que existe un núcleo esencial de la dignidad humana que no puede ser vulnerado, de manera que, si matar a la criatura es una vía idónea para salvar a la madre, el límite de la justificación no se reduce al hecho de salvar una vida y no perder dos. Con todo, esta es una posición minoritaria en la dogmática penal, de forma que, pasando por el consecuencialismo teleológico<sup>1</sup>, se afirma que no existen absolutos morales, porque estos son virtuales según las consecuencias de la acción<sup>2</sup>.

Ahora bien, la justificación del aborto a través del artículo 119 trae consigo la necesidad de utilizar un criterio axiológico, con objeto de evaluar la justificación de la muerte del que está por nacer, al contener esta disposición un concepto jurídico indeterminado. Estos son tan amplios que extienden de forma desmesurada la distancia entre el intérprete y la norma. Así pues, en el caso del artículo 119 del Código Sanitario, podemos indicar que esto se observa tanto en el concepto de *riesgo vital* como en el de *inviabilidad*. La indeterminación del concepto de riesgo vital requiere de un criterio que pueda orientar al intérprete en cómo resolver estas situaciones límites. Además, el caso del concepto de inviabilidad en la segunda causal del art. 119 del Código Sanitario implica estudiar cuáles son estos casos incompatibles genéticamente con la vida extrauterina. En ese sentido, ¿qué sucede con el anencefálico parcial o los casos de espina bífida? Ciertamente, sería un atentado a la dignidad humana considerarlos como personas inviables en la regla en cuestión, entre otros. Estas primeras aproximaciones apuntan a la cuestión de si es lícito justificar en

<sup>1</sup> En este contexto, “el utilitarismo es una forma de consecuencialismo. Pese a que existan varias formas de utilitarismo, este siempre tiene una perspectiva colectivista de juicio y, por regla general, conservan una antropología hedonista. En los casos trágicos de necesidad, la argumentación no depende de las premisas específicas del utilitarismo, sino de la apertura a la evaluación mínima de las consecuencias que se siguen del mantenimiento o interrupción de una lógica de pensamiento deontológica.” WILENMANN (2016) p. 43, nota 137. Esta lógica de pensamiento deontológica es parte de un consecuencialismo moderado o teleológico. Con ello, podemos diferenciar el utilitarismo del consecuencialismo, según algunos autores.

<sup>2</sup> Se puede observar una perspectiva consecuencialista que en su ponderación no se deja de considerar el núcleo esencial de la dignidad humana en casos de tortura en MOLINA (2009) pp. 30-31.

algún caso la ocisión directa de un inocente<sup>3</sup>. El problema es relevante, entre otras razones, porque se observa una tendencia a aceptar, en la dogmática penal, una posición axiológicamente neutra frente al consecuencialismo. Esto supone que el artículo 119 permitiría justificar la muerte selectiva del que está por nacer. Así, el texto normativo estaría distante tanto de los que sostienen que todo está justificado en los parámetros del artículo, como de quienes consideran que toda acción que conlleve la muerte de un inocente es injusta<sup>4</sup>.

Nos referiremos a continuación a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno rol 3729-17<sup>5</sup>, donde entra en consideración la problemática de la justificación de la ocisión del que está por nacer. Se trata de una sentencia que acepta la actual regulación del artículo 119 del Código Sanitario. Esta disposición despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales. Así las cosas, en primer lugar, contrastaremos el razonamiento del Tribunal con la interpretación que, presente en las consideraciones del Ministro Hernández, dicta la prevención del fallo. En segundo lugar, contrastaremos el fallo con dos modalidades de interpretación, es decir, desde un paradigma consecuencialista y uno moral absolutista. Finalmente, presentaremos un análisis crítico que permita ajustar la interpretación del art. 119 a los parámetros del doble efecto.

## II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 119

Con fecha 2 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional de la República de Chile decidió aprobar el proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Este proyecto elimina la prohibición de toda acción que tenga por finalidad terminar con la vida del que está por nacer. La disposición del art. 119 establecía: *No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto*. La nueva disposición indica que: “Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

- 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
- 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del

<sup>3</sup> Así pues, existe una diferencia entre matar directamente (homicidio) o hacerlo por efecto colateral dentro de los parámetros de una norma permisiva. De aquí que, si bien la especie física del acto es matar a otro sujeto en ambos casos, en el primero la ocisión directa es un acto antijurídico y en el segundo se puede ajustar a los parámetros de una norma permisiva. Ello, de cumplir los requerimientos del doble efecto, véase GARCÍA-HUIDOBRO Y MIRANDA (2013) *passim*.

<sup>4</sup> Respecto del dogma de la imponderabilidad de la vida humana, véase WILENMANN (2016) pp. 5-13.

<sup>5</sup> *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11 (2017)*: Tribunal Constitucional Chileno, Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017.

embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”.

La modificación provocó diversas reacciones en la dogmática constitucional chilena y, en particular, la adopción de medidas para enfrentar situaciones de peligro para la vida de la madre embarazada y del que está por nacer. En este contexto, el Tribunal Constitucional aceptó una reformulación del art. 119 en la que, junto con reforzarse la posibilidad de efectuar una intervención que tenga por finalidad matar al que está por nacer, se incluía una regulación que permitía un uso limitado de la despenalización del aborto en tres causales, con la consiguiente pérdida de la vida del que está por nacer, como sucede en una situación (a) de riesgo vital para la vida de la madre, (b) una enfermedad genética incompatible con la vida, y (c) en caso de violación. Esta última situación fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad y de amplia discusión en la esfera pública<sup>6</sup>.

Entre los argumentos a favor de la nueva regulación del art. 119, se utilizó la premisa de que la vida no es un valor absoluto, sustentada en el poder disponer de la vida a través de la pena muerte, la legítima defensa, el estado de necesidad y el uso de un arma por parte de la autoridad. Por otra parte, la sentencia sostiene que en estos casos estaría justificando el disponer de la vida humana, con independencia de la posible responsabilidad del inocente sobre el cual recae la acción por ser fuente de un peligro. Es decir, que la regulación de estas instituciones permitirá ahora disponer de la vida del que está por nacer, porque no sería un derecho absoluto, y la autonomía de la mujer permitiría sortear la situación de riesgo vital.

De ahí que en la sentencia se disponga, en su considerando septuagesimonoveno, que: **“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. De este modo, no puede considerarse, como se indicó en estrados, que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés”**<sup>7</sup>.

La sentencia afirma que, ante una situación de riesgo vital, entre la vida del que está por nacer y la vida de la madre gestante, los derechos de la madre deben primar. Como se observa, la argumentación del Tribunal tiene un carácter consecuencialista que, en negación de la existencia de prohibiciones morales absolutas, es decir, de actos que nunca son lícitos de intentar por muy buenas que sean sus consecuencias; sostiene que se justifica terminar directamente con la vida del que está por nacer. Esta posición lleva a una indiferenciación entre el sacrificio de la vida de un inocente y la de un agresor ilegítimo. La suposición de una dialéctica de enfrentamiento entre la vida de la madre y del que está por nacer otorga, por otro lado, algunas pistas sobre el modelo antropológico y metodológico que fundamenta el argumento, basado en la oposición dinámica de categorías que se piensan de manera al parecer irreductible. La lógica tradicional, por el contrario, entendía esta relación en una perspectiva complementaria, en la que la madre tendía a proteger al hijo y el hijo, a

<sup>6</sup> Respecto de un análisis detallado de cada uno de estos planteamientos, véase GARCÍA (2018) *passim*.

<sup>7</sup> Énfasis añadido.

unirse a la madre. Ambos en un movimiento finalista destinado a favorecer la especie humana, en conformidad a los fines naturales de cualquier género biológico.

Resulta discutible sostener que acudir a la pena de muerte, el estado de necesidad y la legítima defensa no permite sostener que la vida del inocente tiene un valor absoluto, porque estas instituciones no responden al mismo orden lógico que la terminación voluntaria del embarazo. El argumento establece una analogía falsa, que pareciera destinada a confundir más que a hallar la justicia de la propuesta. El hecho de estar autorizado para provocar la muerte en legítima defensa o por traición a la Patria, no constituye en modo alguno una regla general para tolerar la muerte de personas en situaciones de *riesgo vital*. Con este método, se corre el riesgo de instrumentalizar y despojar a las personas de sus derechos fundamentales. Cuando el Tribunal acepta este razonamiento sin sujeción alguna a un absoluto moral, priva al que está por nacer del valor que le pertenece por el hecho de ser persona, cosa que en realidad no puede hacer. De ahí que, en conformidad a la sentencia, pareciera que la madre realiza un ejercicio de autonomía que posibilita el terminar con la criatura en el vientre materno.

En esta dirección, la sentencia establece en su considerando septuagesimonoveno: “Que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. 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. 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”.

Con todo, la prevención de Hernández difiere de los argumentos ya expuestos. Su argumento se centra en el valor absoluto de la vida, en la imposibilidad de sostener la atipicidad de las tres causales del artículo 119 y en sostener que el artículo 119 es una excusa legal absolutoria para el equipo médico que interviene en la interrupción del embarazo. También defiende que el que está por nacer es una persona a la cual se le reconocen derechos fundamentales y rechaza la despenalización de la interrupción del embarazo como una consagración de la autonomía de la voluntad de la madre.

De aquí que se sostuviera en la prevención, en su letra a), que: “Ante todo, las causales de interrupción del embarazo que el proyecto de ley autoriza, no pueden ser evaluadas como reconocimiento del ejercicio de una supuesta autonomía de la voluntad de la madre gestante, sobre su propio cuerpo y/o derivada de ciertos derechos inherentes a su condición femenina tradicionalmente postergados por la sociedad y que hoy se vendrían a reconocer positivamente, en una situación de colisión entre la vida de la mujer y el mero interés jurídicamente protegido en que el *nasciturus* consistiría, que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto. No compartimos aquello, toda vez que la autonomía de la voluntad consiste en el ejercicio de las libertades propias a efectos de asumir uno mismo las consecuencias de sus personales decisiones, por lo que concluye precisamente allí donde comienzan los derechos de los demás, sin que sea posible externalizar y radicar en otro las consecuencias de las decisiones personales, sin su consentimiento”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Énfasis añadido.

Nos parece que la prevención presenta una posición moral absolutista, es decir, en una corriente de pensamiento filosófico que sostiene que, gracias a los postulados de una tradición moral clásica, hay actos que nunca son lícitos intentar<sup>9</sup>; y funda su concepción en la inviolabilidad de los derechos fundamentales del que está por nacer. Pues bien, esta indica expresamente, en su letra a), que: “En este punto, somos de parecer que el embrión o el ulterior feto constituyen una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo, si bien dependiente de la madre en términos biológicos e incluso psicológicos (emotivo-cognitivos). Este otro ser humano que ya existe en cuanto tal desde su concepción, con individualidad genética específica, sea que ella se origine desde la fusión de los gametos que crean el cigoto, o desde la implantación del mismo cigoto en el endometrio. Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana después del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo”. Por último, si bien estamos de acuerdo con que el embrión es un ser humano vivo, la prevención presenta otros argumentos que afectan esta premisa. Por ello, interesa mostrar por qué es posible advertir en la sentencia en comento dos criterios axiológicos para la interpretación del artículo 119: uno cercano al realismo jurídico clásico, y otro vinculado al consecuencialismo.

### III. EL RECONOCIMIENTO DE UNA DICOTOMÍA AXIOLÓGICA

La dicotomía axiológica que presenta una disposición como la del artículo 119 ya ha sido observada en la dogmática. Concretamente, Wolf se había preguntado por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en las disposiciones jurídicas<sup>10</sup>. El empleo de estos parece adecuado para obtener una “certeza (casuística) potencial, preferible a la imposible certeza de una casuística absoluta, siempre y cuando se remitan a principios valorativos [...] sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial”<sup>11</sup>. Es indiscutible que el reconocer estos conceptos en el actual artículo 119 puede enfrentar refutaciones debido a la falta de consenso contemporáneo sobre los presupuestos materiales de la ética. La indeterminación a que hacemos referencia, sin embargo, solo parece poder subsanarse a través de un tratamiento dogmático-axiológico, con el objeto de no restar credibilidad a la discusión desde una posición neutra.

Dicha pretensión de neutralidad se observa en la prevención al indicar que: “Por lo demás, las discusiones más o menos semánticas, originalistas o literalistas, cada una de ellas con cierta apoyatura en las fuentes formales o materiales de Derecho, acerca de si el embrión o el feto es o no una persona humana, nos parecen un tanto impertinentes. No toca al Derecho resolver acerca de la calidad de persona humana, ni acerca de la naturaleza humana. Todo aquello son tópicos filosóficos, teológicos o antropológicos milenarios irresolubles racionalmente y que al fin se deciden personal o colectivamente por una cuestión de fe o de opción, en conciencia, **todas las cuales visiones son válidas en principio**, en el seno de una sociedad

<sup>9</sup> Ciertamente, esto desde una corriente de pensamiento judeocristiana, con independencia de las beneficiosas consecuencias de estos actos.

<sup>10</sup> WOLF (1931) p. 58.

<sup>11</sup> OSSANDÓN (2009) p. 179.

pluralista y democrática, incluso a nivel religioso. 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. Por eso, pensamos que aquí rozamos lo que Hans Kelsen denominó ‘norma hipotética fundamental’, en tanto plexo valórico irreductible y no susceptible de elucidación analítica, que oficia de fundamento de validez del Derecho”<sup>12</sup>.

Hemos citado esta sección de la prevención de la sentencia, porque su argumentación parece discutible, al dar la impresión de que no existe una función axiológica que incida en la interpretación del artículo 119. Esta exclusión hubiera sido adecuada de no hacer alusión al doble efecto<sup>13</sup> como criterio axiológico, para justifica el terminar *colateralmente* con la vida del que está por nacer.

Así, el voto de prevención, en su numeral 2 letra b), indica lo siguiente: “Por consiguiente, la lógica que subyace a nuestro criterio aquí expuesto, es el de **regla general-excepción**. Por regla general, el aborto es delito. Por excepción, no lo es; ni para la madre, por justificación en el caso del llamado aborto indirecto, ni para el equipo médico que, en nuestra opinión, quedará exento de responsabilidad únicamente en virtud de una excusa legal absolutoria, motivada en consideraciones de política criminal y de utilidad social, pero en ningún caso porque el feto sea un mero interés jurídico y no un ser humano, o porque la mujer sea libre para interrumpir su embarazo, o porque la conducta sea atípica por adecuación social”<sup>14</sup>.

La expresión *aborto indirecto* no puede, por otra parte, ser ignorada. Como no destaca la prevención, hablar de *aborto indirecto* conlleva aceptar un criterio axiológico consonante con la existencia de algunos principios morales absolutos, que incorpore la diferencia entre matar *per se* y matar *per accidens*. Este principio tiene sentido para diferenciar cuándo es posible justificar inevitablemente la muerte de inocentes. Es decir, casos en los que sabemos que de una acción lícita, necesaria y proporcionada se deriva con certeza la muerte del que está por nacer. Así, el principio establece que nunca es lícito matar a un inocente mediante la ejecución de acciones positivas destinadas a producir tal efecto. Sin embargo, algunas veces *–per accidens–* es lícito permitir que la naturaleza de las cosas derive en la producción de su muerte. El principio del doble efecto supone que la muerte del que está por nacer solo sea un efecto colateral de una acción lícita, que busca salvar la vida de la madre y del hijo en riesgo vital.

De ahí que la prevención sostenga, en la prevención numeral 2 letra a), que “Esas situaciones deben necesariamente estar configuradas en concreto por un **tertium non datur**, vale decir, la imposibilidad de actuar de otro modo, la falta concreta de alternativas: o se produce el sacrificio necesario (volitivamente indirecto, cualquiera sea la forma que adopte la intervención corporal) del **nasciturus o él y la madre fallecen, en el caso del peligro para la**

<sup>12</sup> Énfasis añadido.

<sup>13</sup> Esta es una metarregla que nos permite resolver situaciones extremas de necesidad en las que no hay otra alternativa que aceptar la muerte de un inocente por efecto colateral. En este sentido, en el campo jurídico penal, requiere de un peligro, que este peligro no sea evitable de otro modo y, asimismo, que la muerte del inocente sea resultado de un efecto colateral (*per accidens*) para poder justificarla según los parámetros del estado de necesidad justificante.

<sup>14</sup> Énfasis añadido.

*vida de la madre; o, en el caso de la no exigibilidad de otra conducta, debe configurarse una real situación de estado de necesidad exculpante entre bienes jurídicos inconmensurables, en la línea de lo establecido actualmente en el artículo 10, número 11°, del Código Penal, cuyos supuestos no corresponde pormenorizar aquí, pero que podemos relacionar con riesgos de suicidio de la madre o severas e irresistibles enfermedades mentales para ella”<sup>15</sup>.*

La prevención establece que el doble efecto es un criterio de justificación que exige que la muerte del que está por nacer sea colateral. Sin embargo, según la prevención, el equipo médico que participa quedaría exento de responsabilidad en atención a la excusa legal absoluta que presenta el art. 119. Si bien la primera sección del argumento es acertada, en torno a aceptar el doble efecto como un criterio de justificación, la segunda es desacertada en torno a la exclusión de responsabilidad de terceros. En primer lugar, el doble efecto, para operar, requiere proporcionalidad entre el efecto intencional y el preterintencional. Ello quiere decir que el efecto directo debe ser significativo, que se justifique el efecto colateral no deseado. Por eso el doble efecto postula que, si para salvar a la madre, existe otro medio menos lesivo, no se justifica terminar con la vida del que está por nacer. En segundo lugar, la acción de la que deriva el efecto preterintencional debe ser necesaria para alcanzar el efecto directo. Con ello, la intervención de terceros (equipo médico) es una cooperación funcional en el ejercicio de la causal del 119 N° 1. Así pues, el efecto volitivamente indirecto justifica y no exculpa al equipo médico tratante. De aquí que la causal de justificación, en atención a la dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, se comunique al equipo médico que interviene en la inducción del parto<sup>16</sup>. Ello, de cumplirse los requisitos del doble efecto.

Ahora bien, si aceptamos esta teoría, no es posible en el estado de necesidad exculpar la ocisión directa de un inocente. Terminar con la vida del que está por nacer, si la mujer presenta tendencias suicidas o una enfermedad mental (irreversible), infringe la cláusula de subsidiariedad del doble efecto e incluso del estado de necesidad<sup>17</sup>, es decir, la selección del medio menos lesivo. De ahí que el doble efecto exija distinguir entre el control de la situación, propio del objeto físico de la acción, y la valoración del hecho conforme a la norma (propia del objeto moral) que presenta el artículo 119 N° 1. Pues bien, lo concluyente no

<sup>15</sup> Énfasis añadido.

<sup>16</sup> Respecto de la comunicabilidad de las causales de justificación, un sector de la dogmática chilena considera que es posible el comunicar los efectos de una eximente de estas características a quienes intervienen en el ejercicio de esta. Sin embargo, la dogmática contemporánea se muestra más favorable a rechazar esta posibilidad. Ello, porque el artículo 64 solo alude a circunstancias modificatorias de responsabilidad y no a las eximentes que se contemplan en el Código Penal o fuera de este, véase NOVOA (1960) pp. 117 y ss.; LEIVA (2017) p. 226. Con todo, es importante indicar que el estado de necesidad del artículo 10 N° 11 permite realizar una acción para evitar un mal actual o inminente a un tercero y, asimismo, no reconduce esta acción, como se observa en el § 35 del StGB, a un efecto exculpante. Así pues, consideramos que el efecto justificante del artículo 119 N° 1, de cumplir con los requerimientos del doble efecto, abarca la conducta del equipo médico que asiste al médico que induce al parto para salvar a la madre de una situación de riesgo vital en el embarazo.

<sup>17</sup> En este orden de ideas, el peligro de suicidio de la paciente puede ser evitado sometiéndola a un tratamiento psiquiátrico o a un control clínico permanente. La muerte del no nacido no es la respuesta para evitar la situación de riesgo vital. Así las cosas, el homicidio cometido en esta situación no transforma en lícito lo ilícito. De lo contrario, daríamos una “flexibilización amplia [a] situaciones de necesidad para la admisión de un aborto no punible”, PERCY (2011) p. 141.

es solo el resultado que la acción provoca, sino también el tipo de acción que se realiza. Es fundamental determinar no solo el ejercicio de la acción sino también qué es lo que pretende el agente. Así, inicialmente, concordamos con que el doble efecto no es un problema de intención en términos de “aquello que remotamente se quiere conseguir con el acto que se está realizando (*finis operantis*), sino de lo que objetivamente se elige, como fin próximo o medio”<sup>18</sup>. Pues bien, en estos casos de necesidad, no se está escogiendo, ni como fin ni como medio, la muerte del que está por nacer. De ahí que se podría justificar la acción según los parámetros del doble efecto.

Conforme con ello, la segunda causal del artículo 119 (que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal) solo se podría utilizar en el caso de un cigoto humano que “carece de los primordios epigenéticos necesarios para desarrollar un cerebro [...] y, por lo mismo, no [habría] persona humana”<sup>19</sup>. En estos casos existiría una occisión directa que autoriza la interrupción de su embarazo, salvo que estemos ante trastorno anatómico o fisiológico que nos permita afirmar la ausencia de la calidad de persona o de su sustancia racional en el caso del feto. Pues bien, para ser persona se “requiere vivir como un organismo completo de la especie humana”<sup>20</sup>. Por ello, “no son personas las molas hidatidiformes, los miembros o los órganos aislados (una mano, un corazón) ni tampoco, evidentemente, los cadáveres”<sup>21</sup>. De aquí que este argumento no se extrapole a la formación incompleta del sistema nervioso del que está por nacer o del individuo declarado cerebralmente muerto.

Por último, la tercera causal del art. 119 del Código Sanitario (que sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido *más de doce semanas de gestación*. Tratándose de una *niña menor de 14 años*, la *interrupción del embarazo* podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación) es incompatible con la doctrina del doble efecto<sup>22</sup>. Se permite la interrupción del embarazo siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas desde la gestación, o catorce en el caso de una menor de 14 años. La vida humana se protege desde la concepción siempre que no derive en un organismo incompleto, a saber, carente de capacidad básica conceptual o de naturaleza racional. En efecto, se tiene esta capacidad si el ovulo fecundado tiene “los primordios epigenéticos

<sup>18</sup> MIRANDA (2013) p. 356.

<sup>19</sup> FINNIS (2011) pp. 290-291.

<sup>20</sup> MIRANDA (2015) p. 45.

<sup>21</sup> MIRANDA (2015) p. 45.

<sup>22</sup> Se observa la vinculación de la teoría del *voluntario indirecto* o el doble efecto a la obra de Santo Tomás en la obra de Zaffaroni. Este autor reconoce que muchos de los problemas de la legítima defensa reconducen a las discusiones de Santo Tomás y San Agustín. De acuerdo con Zaffaroni, “tanto el argumento objetivista como el subjetivista no nacen de la ilustración moderna, sino que tienen su origen en la tesis de San Agustín y de Santo Tomás, cuando el primero afirmaba que la legítima defensa no podía justificar la muerte del agresor, en tanto que el segundo sostenía lo contrario”. Así pues, “Santo Tomás [...] usaba la teoría de la *voluntario indirecto*, conforme a la cual el agredido no podía pretender matar intencionalmente al agresor, sino que debía buscar como fin la conservación de la propia vida, aunque para ello utilizase como medio la muerte de su agresor”, ZAFFARONI (2002) p. 611. Por otra parte, los tomistas es frecuente denominar también el doble efecto como principio del voluntario indirecto, véase, MIRANDA (2008) p. 487, nota 2; PRÜMMER (1931) pp. 44-45.

de un cuerpo humano suficientemente normal como para ser la base orgánica de algún acto intelectual”<sup>23</sup>. Por ello, habitualmente la “fertilización de un óvulo humano por un espermatozoide humano marca el inicio de una nueva persona”<sup>24</sup>. De aquí que la tercera causal sea incompatible con la doctrina del doble efecto. Pues bien, implica la occisión directa de un inocente, porque el feto no es fuente de peligro para la vida de la madre en los casos de violación y, asimismo, siempre existirían tratamientos psicológicos para ayudar a la madre a recuperarse de este atentado en contra de su persona.

Ahora bien, la doctrina del doble efecto está emparentada –en su faz negativa– con la idea de que hay actos que son malos en sí mismos, que se relacionan positivamente con la regulación del homicidio. El doble efecto solo se puede aceptar en materia jurídico-penal si se admite el papel que tiene el objeto de la acción. Ello, según la norma que regula la causal de justificación del artículo 119 N° 1. De aquí que este punto sea uno de los factores que han postergado la aplicación del principio en el campo del Derecho Penal. Empero, la omisión de esta materia no queda sin consecuencias.

Conforme con lo anterior, la sentencia del Tribunal presenta en nuestra opinión una dicotomía axiológica; presenta una contraposición de juicios de valor que aparecen a la “conciencia del hombre”<sup>25</sup>. Se trata, por tanto, de un problema axiológico propio del Derecho penal y donde se confrontan dos posiciones en torno a la justificación: consecuencialismo y moral absolutismo<sup>26</sup>. En este contexto, la primera se identifica con la posibilidad de matar a un inocente, y es consecuente con la posición mayoritaria del fallo, que sostiene que no existe un derecho absoluto a la vida, pues bien es posible terminar con la vida en un caso de legítima defensa, en el caso de la pena de muerte, en el uso legítimo de un arma por parte de la autoridad, y asimismo en casos de estado de necesidad. De ahí que esta posición consecuencialista niegue la prohibición moral absoluta de matar a un inocente, porque esta sería virtualmente absoluta, dependiendo de las consecuencias. Por otra parte, la segunda posición se identifica con el doble efecto: existe derecho a resguardar la vida de un inocente. Con todo, en situaciones de riesgo para la vida de la madre, sería admisible por efecto colateral, no directo, la muerte de la criatura. Posición que conecta directamente con un segmento de la prevención del Ministro Hernández.

#### IV. EL DOBLE EFECTO COMO CRITERIO DE JUSTIFICACIÓN EN EL ART. 119

Hemos podido observar que el doble efecto, en el análisis de la prevención de la sentencia, exige como requisito que no exista otra manera de alcanzar el efecto directo. Si

<sup>23</sup> GRISEZ (1989) p. 40.

<sup>24</sup> MIRANDA (2015) p. 35.

<sup>25</sup> MÉNDEZ (1996) p. 63.

<sup>26</sup> Respecto de este punto en torno a la comprensión del principio del interés preponderante en materia penal, véase GUERRA (2017b) *passim*. Sin embargo, debemos indicar que existe una reciente posición dogmática que incorpora el doble efecto en una posición no absolutista, es decir, en el plano de la exculpación en materia penal, véase SARCH (2017) p. 457.

existe un medio menos lesivo, ciertamente, se debe seleccionar este<sup>27</sup>. Consideramos, pues, que en la primera causal del artículo 119 la muerte del que está por nacer debe ser el único medio para salvar a la madre. Es decir, que no debe existir otra manera menos lesiva de impedir la situación de riesgo vital. Pero el doble efecto requería, además, una adecuada proporción entre el efecto directo y el efecto colateral. De aquí que nos preguntemos: ¿cómo cumplir con este requisito en la causal del art. 119 N° 1? Los tratadistas del doble efecto “siempre han estado conscientes de que esta cuestión solo puede apreciarse prudencialmente atendiendo a las circunstancias del caso concreto”<sup>28</sup>. Sin embargo, la tradición del doble efecto plantea algunos razonamientos que facilitan orientar la aplicación de este criterio en materia penal.

No desarrollaremos aquí la evolución histórica del principio<sup>29</sup>. Pues bien, aceptaremos como válida para estos efectos, con algunos matices, la posición que se expone —en torno al principio de proporcionalidad— en los trabajos de Orrego y Miranda<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, se debe considerar que un efecto dañoso para el embrión o feto tiene igual importancia que sobre la vida de la madre<sup>31</sup>. En otros términos, cabe aquí comprender la justificación de la acción en dos perspectivas: a) la madre podría dejarse morir por el bien de la criatura o b) estudiar la posibilidad de que la criatura muera por efecto colateral. Miranda, por ejemplo, sostiene que es un acto justificado el extirpar un útero que presenta células cancerígenas que conllevarían la muerte de la madre gestante. Y la razón que ofrece para esto es que “solo atiende a la intención en cuanto se revela o incluye en los *actos externos*, y la supone buena o mala conforme a la naturaleza de las acciones, a menos que conste lo contrario”<sup>32</sup>.

El criterio del doble efecto nos dice, por una parte, que si no existe otro medio menos lesivo para salvar la vida de la madre, razones tendremos para extirpar el útero, y, por otra, que mientras con certeza el efecto será la muerte de la madre, más intensa serán las razones para poner en marcha la acción. De conformidad con ello, por ejemplo, si ya se ha determinado que el efecto colateral es indirecto, esto es, que el efecto no es querido ni como fin ni como medio, el hecho de que la muerte de la madre se vaya a producir es esencial para realizar la acción. Así las cosas, ¿es válido sostener, en una situación de *riesgo vital*, para justificar la acción que tendrá por efecto colateral la muerte del feto, el argumento de que la madre morirá en cualquier caso? Sí, pero ello no es suficiente para justificar la acción que termina con la vida del que está por nacer. Más bien, el hecho de que la madre vaya a morir nos

<sup>27</sup> Se puede observar un reconocimiento expreso de la cláusula de subsidiariedad como la selección del medio menos lesivo en la sentencia del TSE del 3/12/1987. Esta sentencia reconoce a la inevitabilidad como parte de la esencia del estado de necesidad. Asimismo, se habla de la cláusula de subsidiariedad en la misma línea, en términos de necesidad concreta, en BALDÓ (1994) p. 150, nota 334.

<sup>28</sup> MIRANDA (2013) p. 357.

<sup>29</sup> Véase MIRANDA (2014) pp. 35-109.

<sup>30</sup> MIRANDA (2008) *passim*; ORREGO (2015) *passim*. Sin embargo, debemos advertir que la versión del principio que presentamos tiene variaciones que buscan hacer frente a las críticas presentes en RAKOWSKI (1993) pp. 1063 y ss.; MACKIE (1990) pp. 160 y ss.

<sup>31</sup> En esta línea, la vida del que está por nacer tiene igual valor que la de la madre. Por ello, considerar al *nasciturus* únicamente como un bien objeto de ponderación es equivalente a negar al “no-nacido un auténtico derecho a la vida [...] propio de las personas”, SILVA SÁNCHEZ (2007) p. 01:8.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ (1966) p. 158.

permite establecer que existe una razón proporcionada para actuar. Pero esta dificultad de la proporcionalidad supone haber resuelto el problema de la *imputación fáctica* y la *valoración del hecho conforme a la norma*<sup>33</sup>. Esto es, que se ha determinado que la muerte de madre no es obtenida ni como fin ni como medio, sino que es únicamente un efecto colateral del acto de impedir la situación de riesgo vital desde la norma permisiva del art. 119 N° 1.

En la hipótesis del artículo 119 N° 1, la intervención médica se realiza teniendo conocimiento de que el efecto colateral será la muerte del que está por nacer, con el preciso objetivo de que la muerte del feto salve a la madre. En el aborto indirecto la muerte del que está por nacer no es pretendida ni como fin ni como medio. De aquí que su muerte se tolera como un efecto colateral conectado con el objetivo de salvar a la madre. Ciertamente, no es la muerte del que está por nacer lo que motiva la acción de inducir al parto, extraer el útero o seccionar las trompas de Falopio, porque su muerte no contribuye a lograr este objetivo. Por el contrario, la muerte del que está por nacer es elegida como medio para salvar a la madre.

Así las cosas, la relevancia de diferenciar entre los efectos de una acción es parte de la dogmática penal, y no solo de la tradición en que se inserta el doble efecto<sup>34</sup>. Con todo, diversos autores en la dogmática rechazan la relevancia de la distinción entre un efecto directo y colateral. Para ellos, la problemática se centra en si el doble efecto es compatible con el dolo de las consecuencias seguras. Con este dolo, los agentes son responsables por todas las consecuencias previsibles de su acción, con independencia de la intención que dé lugar al balance de consecuencias. Ello, por lo demás, ya ha sido sostenido por diversos autores en la dogmática penal<sup>35</sup>. De ahí que el problema enunciado, en torno a la compatibilidad del doble efecto y el dolo de las consecuencias seguras, solo se observa si aceptamos el doble efecto como un principio de aplicación general en la atribución de responsabilidad. Pues bien, consideremos que el Derecho penal “solo atiende a la intención en cuanto se revela o incluye en los actos externos, y la supone buena o mala conforme a la naturaleza de las acciones, a menos que conste lo contrario”<sup>36</sup>. Por ello, nos parece que el inciso segundo del art. 1 del Código penal es claro e indica que: “las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan *siempre voluntarias*, a no ser que conste lo contrario”. Por ello, la intervención quirúrgica que provoca un aborto se reputa siempre dolosa, salvo que concurra una causal

<sup>33</sup> La imputación ordinaria está compuesta por dos niveles: uno fáctico y uno jurídico. En el primero se requiere control de la situación por parte del agente junto con el conocimiento de que realiza un hecho de forma voluntaria. De ahí que este nivel nos permite determina la existencia de un hecho de relevancia jurídico-penal (*factum*). Luego, procede una operación de valoración de ese hecho conforme a la norma (permisiva, prohibitiva o prescriptiva). Por último, en el segundo nivel, se requiere que el agente sepa que atenta contra el ordenamiento jurídico y estar en ausencia de una hipótesis de inexigibilidad. Última idea que está vinculada con el concepto de culpabilidad en el segundo nivel de la imputación. Respecto del modelo de imputación adoptado en este trabajo, véase HRUSCHKA (2005) p. 38; SÁNCHEZ-OSTIZ (2014) pp. 66-73.

<sup>34</sup> En esta línea, el bombardeo estratégico se justifica cuando se verifican los requerimientos del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. Este protocolo contiene disposiciones que revelan la importancia de la diferencia entre efecto directo y colateral. De ahí que el artículo 57 inciso 2 permite realizar ataques contra objetivos militares aun cuando por efecto colateral mueran inocentes, véase GARCÍA-HUIDOBRO y MIRANDA (2013) p. 359.

<sup>35</sup> Véase WILENMANN (2016) p. 37, nota 120, entre otros.

<sup>36</sup> MIRANDA (2008) p. 503.

de justificación en la que la muerte del que está por nacer sea un efecto colateral de la intervención. Así, el doble efecto es una metarregla que puede debe ser aplicada en el estado de necesidad del art. 10 N° 11, el artículo 119 N° 1 del Código Sanitario o en otras disposiciones, cuando esté en resigo la vida de las personas.

Ahora bien, para los efectos de este estudio únicamente pretendemos denotar cómo una comprensión adecuada del doble efecto *matiza drásticamente* la prevención de Hernández. De este modo, consideramos que no podemos elegir la muerte del que está por nacer como medio para un fin (salvar la vida de la madre). Según la distinción clásica del doble efecto, en el aborto directo se haría esto, mientras que en el aborto indirecto no, en atención a la formulación del art. 119 N° 1. Sin embargo, la sentencia sostiene en algunos pasajes, a diferencia de la prevención, que el doble efecto no rige en casos de riesgo vital para la vida de la madre.

Según estos pasajes, en el considerando nonagésimo tercero, se sostiene que: “el primer reproche jurídico constitucional que se formula a la causal es que la Constitución **permite solo el aborto indirecto**, en circunstancias que la norma que se examina permite el aborto directo. Detrás de ese reproche está la **doctrina del doble efecto**. Esta postula que es lícito moralmente agotar las posibilidades de salvar a la madre y al feto. Pero que si eso no es posible, y se salva la madre, no hay intención de matar al feto”<sup>37</sup>. De ahí que sostenga, en su considerando nonagésimo cuarto, “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**”<sup>38</sup>.

Las conclusiones de esta sección nos parecen desacertadas. En primer lugar, en el aborto indirecto no se trata al que está por nacer como un medio: nada de lo que caracteriza a lo que es medio respecto de un fin está presente en la relación que produce la muerte del que está por nacer. En segundo lugar, el aborto indirecto no trata al que está por nacer como un mero interés a proteger. Ciertamente, el doble efecto exige que la muerte sea un efecto colateral, porque considera al que está por nacer sujeto de derechos fundamentales. En otros términos, la exigencia de que la muerte del que está por nacer se produzca por efecto colateral nos recuerda que no es suficiente, para justificar la acción, que su afectación sea medio para un fin. Esto es, que se debe tener ante el efecto colateral en consideración una cláusula de subsidiariedad, que nos obligue a desistir de la acción si podemos alcanzarla de una forma menos lesiva. De ahí que a la argumentación de la sentencia se puede replicar que existe “diferencia entre que [la] muerte [del feto] se produzca como efecto colateral de una acción lícita y proporcionada y que se produzca porque fue buscada intencionalmente”<sup>39</sup>.

Cuando esta sección de la sentencia se muestra indiferente en diferenciar los efectos directos de los colaterales, desconoce que la justificación de la acción requiera de la metarregla del doble efecto. De aquí que aquello que es efecto colateral se justifica en atención

<sup>37</sup> Énfasis añadido.

<sup>38</sup> Énfasis añadido

<sup>39</sup> MIRANDA (2013) p. 361.

a la indeterminación del peligro. Si bien algunos defensores del principio pretenden que el doble efecto sea un principio de aplicación general<sup>40</sup>, nos parece que tiene solo aplicación en el estado de necesidad, el art. 119 o en toda norma que permita poner término a la vida de un inocente<sup>41</sup>. El doble efecto entrega una respuesta a por qué si bien ciertas acciones nunca es lícito realizar, estas pueden ser causadas con conocimiento con el objetivo de evitar un *riesgo vital* para la madre.

Ciertamente, la ausencia de una argumentación más profunda acerca del doble efecto en la sentencia y la dogmática penal actual se debe a que la distinción entre efecto directo y colateral no es admisible en la atribución de responsabilidad. Sin embargo, en la justificación de una acción guarda relevancia, gracias a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados como el de peligro y riesgo vital presentes en el artículo 119. Así las cosas, el doble efecto presenta guiará nuestro análisis en las siguientes secciones.

## V. LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 119

El tema que nos ocupa es, como se ha indicado, la sentencia del Tribunal Constitucional chileno, dictada el 2 de agosto de 2017, que declaró constitucional la actual regulación del artículo 119 del Código Sanitario, que, cumplidas las condiciones de alguna de las tres causales que contempla, permite terminar con la vida del que está por nacer. Como es obvio, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional califica la congruencia del artículo 119 con la Constitución chilena. Esto establece una diferencia respecto de la disciplina del Derecho penal, que se interesara solo por los problemas que conlleva el artículo 119 en correspondencia con el delito de aborto<sup>42</sup>.

En el caso en cuestión, el punto más relevante es el que se refiere a la protección de la vida del que está por nacer, materia que, aunque esté recogida el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, tiene un contenido axiológico que debemos a continuación tratar. En suma, lo que se busca es determinar cuándo una intervención médica –que provoque la muerte del que está por nacer– supone una lesión de la dignidad humana. Asimismo, es necesario establecer si los medios seleccionados en el artículo 119 son idóneos para

<sup>40</sup> Se observa la pretensión de considerarlo un principio jurídico de aplicación general en MIRANDA (2008) *passim*. Asimismo, se observa la pretensión de aplicarlo en materia de responsabilidad extracontractual en BANFI DEL RÍO (2015) pp. 800-801.

<sup>41</sup> En este contexto, debemos advertir que nos parece que el concepto *preater intentionem* no debe ser vinculado a la justificación de una acción en materia penal. Pues bien, ello implicaría fusionar el concepto de voluntad indirecta e *in sua causa*, porque traería problemas en la atribución imprudente de un resultado más lesivo del que pretende el agente, es decir, en figuras de homicidio preterintencional. De ahí que no se vincule el concepto *preater intentionem* con un efecto cierto en materia penal. El concepto *preater intentionem* se correlaciona más bien a la siguiente formulación: “si el acto precedente fue culpable, así nadie se excusa totalmente del pecado siguiente, que se hace voluntario por la voluntad del acto precedente, en cuanto alguien, al obrar cosa ilícita, incide en el pecado siguiente”, S. Th., II-II, q. 150, a. 4, c. Énfasis añadido. De aquí que si bien no existe una excusa total existe una cierta excusa propia de la imprudencia.

<sup>42</sup> En este contexto, la Ley 21.030 modifica el artículo 344 del Código Penal de la siguiente manera: “Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.

obtener el objeto que se pretende sin infringir la norma el artículo 19 N° 1, inciso segundo, de la Constitución: *La ley protege la vida del que está por nacer*<sup>43</sup>.

Los argumentos del Tribunal Constitucional chileno son diversos. Algunos sostienen una interpretación que se sustenta en el valor relativo de la vida y las competencias médico-técnicas que son afectadas de aceptar el doble efecto. En cambio, la prevención acepta que el doble efecto conlleva mayores grados de responsabilidad en una intervención médica. Constatación que observamos, especialmente, en la segunda, tercera y cuarta sección de este trabajo. De ahí que una gran parte de la sentencia esté marcada por una interpretación que deviene del acontecer natural de los hechos y donde la decisión de intervenir solo pende de la autorización de la madre. De este modo, la imposibilidad de evitar el destino caracteriza la situación del que está por nacer. Así, la criatura carece de medios de defensa debido a las condiciones en las que se halla y que no puede controlar, que tienen como consecuencia la justificación de su exterminio. Esta comprensión es compatible con el consecuencialismo y es incompatible con la dignidad y la inviolabilidad de los derechos del que está por nacer.

Con todo, la prevención de Hernández establece que, ciertamente, no se está tratando al que está por nacer como una cosa: “La calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma, más allá del choque paradigmático que este tan importante asunto ha puesto de manifiesto ante esta Magistratura Constitucional, entre posiciones de raigambre ius-naturalistas o neo constitucionalistas y otras de tonalidad más bien positivistas, que no es pertinente detallar en este voto. A mayor abundamiento, si se quiere otra razón lingüística, la raíz etimológica de la palabra aborto proviene del prefijo latín *ab* (privación, separación del exterior) y del verbo latino *ortus* (nacimiento), cuyo participio es la expresión latina *ordri* (aparecer, nacer), de donde proviene el verbo latino sustantivado *ordens* (oriente), que denota en geografía el lugar por donde nace o aparece el sol. Entonces, la privación del nacimiento como concepto no requiere resolver como *prius* lógico o valórico si el feto es o no persona: aborto es meramente privación de nacimiento” (prevención numeral 1 letra c)<sup>44</sup>.

De este modo, la prevención no considera legítimo el argumento de quienes sostienen que las acciones del artículo 119 están al margen de una conducta típica<sup>45</sup>. Pues bien,

<sup>43</sup> Respecto de esta norma constitucional existen interpretaciones contrapuestas. Sin embargo, nos parece que esta disposición tiene reconocimiento expreso en el Código Civil chileno en el art. 75, al indicar no solo que *la ley protege la vida del que está por nacer* sino también que *el juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento*. De esta forma, el Código Civil chileno protege la vida del que está por nacer concediendo una “especie de tutela cautelar [...] para que el juez adopte todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra (art. 75)”, CORRAL (2005) pp. 37-53. Argumento que se sostiene también en atención a lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil chileno, que establece que *son personas todos los individuos de la especie humana*, véase CORRAL (1997) pp. 47-62; UGARTE (2002) p. 118. Sin embargo, BASCUÑÁN, desde una perspectiva teológica subjetiva, cuestiona esta línea de interpretación, porque el legislador constitucional no fue expreso en erradicar la posibilidad de justificar el aborto, como, por ejemplo, en “el caso del embarazo que es producto de un abuso sexual”, véase BASCUÑÁN (2004) pp. 55 y ss.

<sup>44</sup> Énfasis añadido.

<sup>45</sup> El hecho que la conducta sea típica implica reconocerla dentro de los parámetros de la *imputación fáctica*, es decir, que los médicos tienen control de una intervención que afecta un interés protegido por el ordenamiento

en la práctica existe una colisión de deberes que pone en riesgo dos intereses jurídicos en juego: la vida de la madre y la del que está por nacer. Así, en estas colisiones *no* se comparte “que la vida humana sea un valor relativo, como lo demostrarían las instituciones de la legítima defensa, propia o de terceros, cumplimiento de un deber, estado de necesidad justificante o exculpante, ejecución de resoluciones judiciales, reacción a la fuga de presos, etcétera” (prevención numeral 1, letra e). De aquí que indique con precisión que “la vida humana es siempre un *valor absoluto en cuanto tal*. También lo es la norma que, emanada de dicho valor transformado en bien jurídico siempre, prohíbe matar a otro. Lo que ocurre es que, **en concreto**, y dentro del marco de las causas legalmente previstas, la norma (prohibición) puede ceder en su aplicación (caso de las causales de justificación, como la legítima defensa) [...]” (prevención numeral 1 letra e)<sup>46</sup>. Como se observa, la sentencia, en principio, se aparta de una perspectiva consecuencialista y admite que hay intereses jurídicos que valen por sí mismo en esta situación de riesgo vital, a saber, la vida de la madre y de la criatura que está por nacer.

Ahora bien, ¿por qué indicamos que –en principio– la prevención se aleja de una posición consecuencialista? Porque sostiene que, en atención a las causales del art. 119, si bien es admisible el doble efecto en situaciones de riesgo vital para la madre, también es posible, ante circunstancias anormales de motivación, exculpar la conducta bajo el estado de necesidad. Esto implica aceptar la ocisión directa de seres humanos inocentes, sea por medio de la segunda o tercera causal del artículo 119 en supuestos de violación e inviabilidad. De ahí que aceptar la posibilidad de una muerte directa es incompatible con el doble efecto<sup>47</sup>, porque terminar *directamente* con la vida de un inocente implica un rechazo de los absolutos morales<sup>48</sup>. Así, únicamente un trastorno mental propio de la inimputabilidad, el miedo insuperable o equivocada interpretación de los presupuestos fácticos del caso en el error invencible, podría exculpar el terminar *directamente* con la vida de un inocente. Consecuentemente, la exigencia de la selección del medio menos lesivo (cláusula de subsidiariedad) y una proporcionalidad adecuada entre el mal evitado (efecto directo) y el causado (efecto colateral) no es compatible con un trastorno mental que explique la falta de estos requisitos en la realización de la acción en el estado de necesidad exculpante. Pues bien, nos parece que el estado de necesidad exculpante debe juzgarse según parámetros concretos que exijan un peligro considerable, la falta de provocación de la situación, entre otros<sup>49</sup>.

---

jurídico (la vida del que está por nacer). Esta acción pone fin a la vida de un inocente y estará justificada o prohibida según el análisis según la *valoración del hecho conforme a la norma*. Así, la intervención médica puede ser un acto de mérito (conducta justificada) o de demérito (conducta antijurídica) según lo dispuesto en el 119. De aquí que la intervención no se defina exclusivamente en atención a los parámetros de *lex artis* médica, porque requiere de una valoración jurídico-penal. Por ello, para nosotros el artículo 119 es una norma permisiva de tercer nivel que está encuentra fuera del Código penal. Respecto del reconocimiento de normas permisivas de tercer nivel u orden, véase MOLINA (2009) p. 43.

<sup>46</sup> Énfasis añadido.

<sup>47</sup> Respecto de la diferencia del doble efecto como principio y regla, véase GUERRA (2017a) pp. 460 y ss.

<sup>48</sup> Se observa un reconocimiento incipiente de los absolutos morales en torno a la indisponibilidad de la persona en PÉREZ DEL VALLE (2012) pp. 102 y ss.

<sup>49</sup> Se puede observar una propuesta general de estos requisitos en PAWLIK (2015) pp. 18 y ss. Sin embargo, no podemos desconocer que existe una lectura psicológica del estado de necesidad exculpante en GARCÍA (1999) p. 245.

## VI. CONCLUSIONES Y BALANCE EN TORNO A LA PREVENCIÓN

Como hemos observado en este estudio, el principio del doble efecto permite un tratamiento acucioso de la prevención del Ministro Hernández. Este tratamiento tiene relación con la distinción entre efecto directo y colateral en la aplicación del actual artículo 119. Pues bien, esta distinción de efectos nos lleva sostener que la acción de terminar con la vida del que está por nacer se justifica siempre que se cumplan con las condiciones del doble efecto. De ahí que, cabe preguntarse si, en la prevención de la sentencia, se acepta la existencia del doble efecto como un principio, porque acepta que el estado de necesidad exculpante permita eximir de responsabilidad en casos de ocisión directa. Sin embargo, el doble efecto supone algo que es incuestionable, esto es, que no es posible, bajo ninguna circunstancia, justificar la ocisión directa de un inocente. Así, la muerte del que está por nacer no puede ser considerada un medio para salvación de la madre, porque no existe relación entre su muerte y la protección de esta.

Desde el doble efecto, tampoco la muerte del que está por nacer es procurada como fin a través de la interrupción del embarazo. La salvación de la madre se consigue con la intervención médica, y tal intervención se justifica en supuestos de riesgo vital. Por ello, si la muerte del que está por nacer fue utilizada como medio para el fin de salvar la vida de la madre, nos parece necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿el médico realizaría la intervención, aunque la criatura no estuviera en el vientre materno? Si la respuesta es positiva, la muerte del que está por nacer es un efecto colateral de la intervención. Con ello, se puede afirmar que no se instrumentaliza al que está por nacer, porque si bien se afecta su autonomía, ella resultada perjudicada por la situación de riesgo vital. Es decir, una situación que no es imputable al que está por nacer, a la madre o al doctor que realiza la intervención. Si bien se podría contra argumentar que a la criatura se la está cosificando, la respuesta presupone preguntarnos por el alcance de la responsabilidad penal. De aquí que el doble efecto pone la permisión en consonancia con la prohibición de reducir al que está por nacer a la calidad de un simple instrumento.

También el doble efecto nos impide dejar morir a los sujetos que se encuentran en riesgo, a saber, el que está por nacer y la madre gestante. Respecto de ello, el doble efecto exige no reducirlos a la categoría de instrumentos. Por ello, es lícito aceptar con conocimiento la muerte de un inocente por efecto colateral, siempre que sea el único medio y su muerte no se produzca de forma directa. De lo contrario, estaríamos instrumentalizando a cualquiera de los dos agentes en la situación de riesgo vital. Es lo que sucede en el embarazo ectópico, la preclamsia, el embarazo cervical, entre otras hipótesis. En estos casos, si hay un motivo razonable, el médico puede lícitamente inducir al parto, aunque ello traerá consigo el efecto cierto de la muerte del que está por nacer. Cuando el médico elige salvar la vida de la madre no lo hace porque estime que su vida tenga un valor superior a la del que está por nacer. Ciertamente, lo que se pretende no es otra cosa que evitar la muerte de ambas personas. La mujer no vive porque el que está por nacer muere, sino a pesar de su muerte. Es decir, la muerte aquí no es buscada, sino justificada colateralmente.

Ciertamente, el solo hecho de considerar a la vida del que está por nacer en menor medida que la vida de la madre envuelve una instrumentalización. Sin embargo, esto suce-

dería también en el caso de que no se intervenga y se deje morir a la madre en riesgo, atendida la obligación del médico en su posición de garante. También aquí se podría alegar que el médico está actuando como si el que está por nacer no existiera.

En otras palabras, supongamos, que, reconociendo que hay una mínima posibilidad de que el que está por nacer se salve, el médico resuelve omitir practicar la intervención. Pero luego, contra lo pronosticado, la mujer muere ¿Podemos decir que el médico ha tratado al que está por nacer como una cosa, porque no le ha dado la protección que merecía? Pues bien, simplemente acontece que cuando se prevé que la mujer no morirá, es sensato no intervenir contra el que está por nacer, como también es razonable hacerlo si hay seguridad de que es la única vía para salvarla. Podemos darnos cuenta, entonces, que la solución del doble efecto permite ambos cursos de acción, mientras que la perspectiva consecuencialista termina aceptando solo la occisión *directa* del que está por nacer. De este modo, la sentencia del Tribunal autoriza la interrupción del embarazo como una acción médica que es concluyente según los parámetros de su propia disciplina. De ahí que la prevención haga suyo el doble efecto para evitar este último efecto.

Sin embargo, no entendemos por qué Hernández admite la posibilidad de una occisión *directa* del que está por nacer en el estado de necesidad exculpante. Pues bien, aceptar la occisión directa en esta clase de estado de necesidad cosifica la vida del que está por nacer, y es un razonamiento incompatible con la premisa de que nunca es lícito cometer un homicidio en contra de un inocente. Si bien la prevención de Hernández atribuye relevancia al hecho de que la vida del que está por nacer es un derecho absoluto y la intervención médica se somete a los parámetros del doble efecto, es parcialmente consecuente con dicho criterio. Por ello, el aborto indirecto solo es lícito en los términos del artículo 119 N° 1.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALDÓ, FRANCISCO (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (Barcelona, Editorial Bdef, segunda edición).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2015): “El principio del doble efecto y la responsabilidad civil”, en VIDAL, Álvaro, MEJÍAS, Claudia y SEVERIN, Gonzalo (eds.), *Estudios de Derecho Civil, X Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 793-811.
- BASCUÑAN, Antonio (2004): “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista Estudios Públicos*, N° 95: pp. 43-89.
- CORRAL, Hernán (1997): “El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 4: pp. 47-62.
- CORRAL, Hernán (2005): “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1: pp. 37-53.
- FERNÁNDEZ, Rafael (1966): *Filosofía del derecho o derecho natural* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- FINNIS, John (2011): “When Most People Begin”, en FINNIS, John (2011), *Intention and Identity. Collected Essays: Volume II* (Oxford, Oxford University Press) pp. 287-292.

- GARCÍA, Percy (2011): “Caso de la depresión reactiva”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (Madrid, La Ley, segunda edición) pp. 129-142.
- GARCÍA, Gonzalo (2018): “Comentario sentencia Tribunal Constitucional chileno, rol 3729 (3751)-17-CPT, sobre despenalización del aborto en tres causales”, *Revista Jurídica Digital UANDES*: pp. 123-163.
- GARCÍA, María (1999): *El estado de necesidad en materia penal* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y MIRANDA, Alejandro (2013): “Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes”, *Revista de Derecho*, N° 2: pp. 351-371.
- GRIZEZ, Germain (1989): “When Do People Begin?”, *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, vol. 63: pp. 27-47.
- GUERRA, Rodrigo (2017a): *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad* (Santiago, Ara Editores).
- GUERRA, Rodrigo (2017b): “Ambivalencia del interés preponderante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 187-215.
- HRUSCHKA, Joachim (2005): *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (Navarra, Editorial Aranzadi, primera edición).
- LEIVA, Alejandro (2017): “La comunicabilidad en el Derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como “principio del Derecho”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 219-253.
- MACKIE, John (1990): *Ethics. Inventing Right and Wrong* (Engalnd, Penguin Books).
- MÉNDEZ, Jary (1996): “Criterios Axiológicos a la Luz de la Teoría pura de Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. X: pp. 63-64.
- MIRANDA, Alejandro (2008): “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3: pp. 485-519.
- MOLINA, Fernando (2009): *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, primera edición).
- NOVOA, Eduardo (1960): *Curso de Derecho Penal chileno, Parte General*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- ORREGO, Cristóbal (2005): “Principio de proporcionalidad y principio de Doble Efecto. Una propuesta desde la Filosofía del derecho”, *Dikaion*, vol. 24, N° 1: pp. 117-143.
- OSSANDÓN, María (2009): “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, *Revista de Derecho*, vol. XXII, N° 1: pp. 159-183.
- PAWLIK, Michael (2015): “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática” en *InDret*, N° 4: pp. 1-33.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2012): “Límites a la autonomía personal: ¿Existen bienes jurídicos disponibles? Reflexiones a partir del debate doctrinal sobre el consentimiento en el s. XIX”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo y CORNACCHIA, Luigi (coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal* (Pamplona, Thomson Reuters).
- PRÜMMER, Dominicus (1931): *Manuale theologiae moralis* (Friburgo, Herder, sexta edición).

- RAKOWSKI, Eric (1993): Taking and Saving Lives, *Columbia Law Review*, Vol. 93, N° 5: pp. 1063-1156.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2014): *La libertad del Derecho penal: estudios sobre la doctrina de la imputación* (Barcelona, Atelier).
- SARCH, Alexander (2017): “Double Effect and the Criminal Law”, *Crim Law and Philos*, N° 11: pp. 453-479.
- SILVA, Jesús-María (2009): “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-01: pp. 01:1-01:18.
- UGARTE, José Joaquín (2002): “El derecho a la vida de la persona humana en la fase embrionaria y su protección constitucional”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 4, pp. 91-119.
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2016): “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, N° 1,: pp. 1-54.
- WOLF, Erik (1931): *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts* (Breslavia, Hirt).
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Ediar, segunda edición).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

*Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11 (2017): Tribunal Constitucional Chileno, Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017.*