

# LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER COMO OBJETO DE PROTECCIÓN LEGAL

THE LIFE ABOUT TO BORN AS A LEGAL PROTECTION OBJECT

LAURA MAYER LUX\*

RESUMEN

En el presente trabajo se plantea que a partir de las normas constitucionales y legales chilenas es posible distinguir entre el “derecho subjetivo constitucional a la vida”, de que son titulares las “personas”, esto es, los seres humanos nacidos, y la “vida del que está por nacer”, como objeto de protección imperativo para el legislador por mandato constitucional. Asimismo, se analiza el sentido y alcance del derecho constitucional a la vida de las personas, así como el alcance de la protección legal de la vida del que está por nacer a la luz de los Derechos Fundamentales y del derecho penal. Finalmente, se plantean los conflictos jurídicos que pueden presentarse entre la vida del que está por nacer y determinados derechos subjetivos constitucionales de que es titular la mujer embarazada que consiente en su aborto, proponiéndose además una solución para cada uno de ellos basada en las normas constitucionales chilenas.

Palabras clave: Derecho constitucional a la vida. Persona. Acción de protección. *Nasciturus*. Aborto.

ABSTRACT

*This paper postulates that based on the Chilean constitutional and legal norms it is possible to distinguish between the “subjective constitutional right to life”, held by “persons”, that is, born human beings; and the “life of the unborn” as an object of imperative protection to the legislator by constitutional mandate. It also analyzes the meaning and scope of the constitutional right to the life of persons, and the scope of legal protection of the life of the unborn in the light of fundamental rights and criminal law. Finally, it will discuss some legal disputes that may arise between the life of the unborn and the specific subjective constitutional rights to which the pregnant woman who consents to abortion is entitled, proposing a solution for each individual based on the constitutional rules in Chile.*

*Keys words: Constitutional right to the life. Person. Protection action. Nasciturus. Abortion.*

Fecha de Recepción: 14 de mayo de 2011

Fecha de Aceptación: 23 de mayo de 2011

\* Abogada. Estudiante de doctorado de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Becaria DAAD-CONICYT.

\*\* Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt N° 1090195 “Protección penal de la vida humana: estudio dogmático y crítico”, dirigido por la prof. M. Magdalena Ossandón Widow, en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

\*\*\* Advertencia al lector: el siguiente es un análisis jurídico, de suerte que consideraciones religiosas, éticas o de otra índole no serán tomadas en cuenta.

## I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIDA

### 1.1. Titularidad del derecho constitucional a la vida

Según el artículo 19 número 1 inciso 1 de la Constitución Política de la República de Chile (CPR), la Constitución asegura a todas las “personas” el derecho a la vida. De la sola lectura de dicha disposición se plantean dos cuestiones fundamentales: primero, quienes son titulares del derecho constitucional a la vida establecido en dicha norma; segundo, cuál es el sentido y alcance de dicho derecho constitucional a la vida.

Para nuestro ordenamiento jurídico “persona” es el ser humano nacido. A dicha conclusión puede llegarse en virtud de lo establecido en el Código Civil chileno (CC), cuyo artículo 74, a propósito de la existencia legal de la persona, dispone expresamente: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Consiguientemente y de acuerdo con dicha disposición, solo con el nacimiento comienza la existencia legal de la persona; antes de dicho evento no existe una persona desde un punto de vista legal<sup>1</sup>.

A la conclusión de que el concepto de persona solo alude a los seres humanos nacidos también puede llegarse a partir de lo dispuesto en la propia Constitución. En efecto, de acuerdo con el artículo 1 CPR, las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos. Dicha norma hace aplicables los valores de libertad e igualdad en dignidad y derechos a quienes nacen y, puesto que el *nasciturus* no ha nacido todavía, dicha norma no puede estarse refiriendo al mismo<sup>2</sup>. Desde un punto de vista constitucional, a la conclusión de que el concepto de persona solo alude a los seres humanos nacidos puede llegarse asimismo en virtud de lo establecido en el artículo 19 número 1 CPR<sup>3</sup>. Como

<sup>1</sup> Cfr. en esa línea, con múltiples referencias sobre la jurisprudencia nacional y comparada, FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto” [en línea], en: *Revista de Derecho*, vol. XX N° 2 (2007), pp. 95-130 [citado el 20 de abril de 2011], <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art05.pdf>, p. 96.

<sup>2</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida” [en línea], en: *Ius et Praxis*, vol.11 N° 1 (2005), pp. 37-53 [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci_abstract), en el punto 5, a propósito de la incidencia del verbo “nacen” en el artículo 1 CPR, señala que con la sustitución de la expresión “los hombres” por “las personas”, solo se quería resaltar la igualdad entre hombres y mujeres y que en el Parlamento se habría dejado expresa constancia de que la nueva redacción (“las personas nacen...”) no podía entenderse como una alteración del estatus constitucional del *nasciturus*. Sin embargo, el significado del verbo “nacen” es claro y si la intención del legislador era otra, debió haberla reflejado claramente en el texto de la Constitución. Por otra parte, incluso si se estimara que el *nasciturus* efectivamente es persona, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 CPR tendríamos que concluir que existen dos categorías de personas, las no nacidas y las nacidas, siendo titulares de la libertad e igualdad en dignidad y derechos solo las segundas, cuestión que resulta absurda.

<sup>3</sup> En la misma línea ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La titularidad de los derechos fundamentales”

es sabido y según se refirió recientemente, de acuerdo con el primer inciso de dicha disposición, la Constitución asegura a todas las personas “el derecho a la vida”. Por su parte, el inciso segundo de dicha norma establece expresamente: “La ley protege la vida del que está por nacer”. Pues bien, si el *nasciturus* efectivamente fuese persona y, consiguientemente, se reconociera constitucionalmente su titularidad del derecho subjetivo constitucional a la vida, que se establece respecto de los seres humanos nacidos en el primer inciso, el inciso segundo sería superfluo<sup>4</sup>. Puesto que se trata de supuestos distintos –en un caso la titularidad de las personas del derecho constitucional a la vida, en otro caso, la vida del *nasciturus* como objeto de protección legal– es que la Constitución chilena establece estos dos incisos, en lugar de uno. Sostener que el *nasciturus* se encuentra contenido tanto en el primer como en el segundo inciso del artículo 19 número 1 CPR, implicaría asimismo, una suerte de protección mayor del *nasciturus* respecto de los seres humanos nacidos: mientras que respecto del primero se estaría estableciendo tanto el derecho constitucional a la vida como un mandato constitucional de protección legal de la vida, respecto de los seres humanos nacidos solo se establecería el derecho constitucional a la vida, pero no se establecería imperativa y constitucionalmente su protección desde un punto de vista legal. Puesto que semejante razonamiento carece tanto de justificación como de sustento en base al ordenamiento jurídico chileno, debe ser rechazado.

A partir de lo expuesto puede concluirse que, tanto de acuerdo con las normas del CC, como en virtud de lo dispuesto en la CPR, persona es quien ha nacido<sup>5</sup>. A partir de lo expuesto puede concluirse asimismo, que el artículo 19 número 1 CPR establece un estatus diferenciado entre las personas y el *nasciturus*<sup>6</sup>. Mientras que las primeras son titulares del derecho subjetivo constitu-

---

[en línea], en: *Estudios constitucionales*, vol. 1 N° 001 (2003), pp. 187-201 [citado el 20 de abril de 2011], <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82010110.pdf>, p. 191, quien señala: “Afirmar que un individuo tiene la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extra-jurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del art. 19”.

<sup>4</sup> En la misma línea FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de persona...”, p. 118.

<sup>5</sup> En ese sentido, la ley guarda armonía con lo establecido en la CPR. Por lo mismo, si el legislador penal autorizara expresamente en determinados supuestos la provocación de un aborto, no estaría “despersonalizando” al *nasciturus* o arrogándose “la facultad de decidir a cuáles individuos de la especie humana se les reconocerá el estatus persona y a cuáles no” (así en cambio VAN WEEZEL, Alex, en HERMOSILLA, Juan Pablo, EL MISMO “Contrapunto: El aborto terapéutico” [en línea], en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 1, pp. 205-208 (2009), [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372009000100013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000100013&lng=es&nrm=iso), respuesta a la pregunta 4). Por el contrario, en un caso como ese el legislador estaría efectuando una regulación acorde con la CPR, que distingue entre las personas y el *nasciturus*.

<sup>6</sup> Cfr., si bien menos enfáticos, HORVITZ L., María Inés y SOTO P., Miguel, “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia” [en línea], en: *REJ-Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9 (2007) [citado el 20 de abril de 2011], <http://web.derecho.uchile.cl/cej/html/media/consideracionesregulacionaborto.pdf>, p. 89, según los cuales, “desde la perspectiva constitucional es posible

cional a la vida, la Constitución consagra a la vida del que está por nacer como objeto de protección imperativo para el legislador<sup>7</sup>.

La interpretación que aquí se efectúa en orden a que los seres humanos nacidos, esto es, las personas, son los titulares del derecho constitucional a la vida establecido en el artículo 19 número 1 CPR, no se limita al tenor literal de dicha norma, sino que considera la relación entre dicha norma y otras disposiciones del ordenamiento jurídico chileno. En efecto, dicha interpretación toma en cuenta las consideraciones del derecho civil a este respecto, pero también la norma constitucional del artículo 1 y la relación interna entre el inciso primero y el inciso segundo del artículo 19 número 1 CPR, a fin de lograr un entendimiento armónico y sistemático de las normas que, en el derecho chileno vigente, aluden a la noción de persona. El principio de interpretación armónica y sistemática, que aquí se sigue, pretende precisamente “evitar interpretaciones que den lugar a sentidos normativos contradictorios o incompatibles a partir del texto constitucional”<sup>8</sup>.

---

sostener el estatus de derecho subjetivo público de los derechos de la mujer, el que es restringido y afectado por el hecho del embarazo, mientras que no aparece tan claro ni evidente dicho estatus para la vida del *nasciturus* (...)”.

<sup>7</sup> Lo aquí sostenido no resulta afectado por el hecho de que algunos autores califiquen al *nasciturus* como una persona “en potencia”. Tal es el caso, por ejemplo, de POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 22. Pues como acertadamente sostiene BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia” [en línea], en: *Estudios Públicos*, 95 (2004), pp. 43-89 [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_3389.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html), p. 50, “de la potencialidad del embrión preimplantacional de llegar a ser indiscutiblemente una persona (...) no se deduce la identidad entre el embrión preimplantacional y el ser humano nacido (...). De que todos los árboles y las flores fueron antes una semilla (...) no se deduce que las semillas sean árboles o flores. Pretender lo contrario es incurrir en una falacia retrospectiva”. Dicho razonamiento también es aplicable al embrión ya implantado o al feto, que solo adquirirán jurídicamente el estatus de persona con el nacimiento y cuyas vidas se protegen precisamente por su “potencialidad” como seres humanos independientes. Cfr. en ese sentido GEIGER, Jutta y VON LAMPE, Claudia, “Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch: - BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 –2 BvF 2/90, 4/92, 5/92– Ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück”, en: *Juristische Ausbildung* 1994, p. 23. Véase asimismo JOERDEN, Jan C., “Beginn und Ende des Lebensrechtsschutzes”, en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 120, 2008, p. 14, a juicio del cual, la sola potencialidad del óvulo fecundado de llegar a ser persona no fundamenta su derecho constitucional a la vida y, de aceptarse un razonamiento como el indicado, tendría que aclararse desde un punto de vista jurídico por qué un óvulo no fecundado no es titular del derecho constitucional a la vida, atendido a que también a él podría atribuírsele, bajo determinadas circunstancias, la potencialidad de llegar a ser persona en el futuro. *Joerden*, en p. 14 y s. de la obra citada plantea: el Príncipe Carlos de Inglaterra actualmente no es rey, y si bien tiene la potencialidad de serlo, nadie le atribuiría ahora los derechos propios de un rey. Del mismo modo, un niño actualmente no es titular del derecho a sufragar, y si bien posteriormente y de manera previsible puede llegar a adquirir ese derecho, nadie se lo atribuiría ahora, cuando todavía es un niño. Cfr. en la misma línea FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de persona...”, p. 120.

<sup>8</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La protección al accho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección” [en línea], en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XX (1999), pp. 225-242 [citado el 20 de abril de 2011], <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/view/439/412>, p. 236.

## 1.2. Sentido y alcance del derecho constitucional a la vida

La segunda cuestión que el artículo 19 número 1 CPR plantea, es el sentido y alcance del derecho constitucional a la vida del cual son titulares las personas, esto es, los seres humanos nacidos. El contenido de dicho derecho está integrado por dos realidades: una biológica, esto es, la “vida”, que alude precisamente a las funciones biológicas de los seres humanos y que se contrapone al concepto, también biológico, de muerte<sup>9</sup>; y una normativa, a saber, “el derecho a la vida”, que en el plano constitucional, alude a la consagración jurídica de este derecho y a su relación con otros derechos subjetivos constitucionales<sup>10</sup>. Desde un punto de vista biológico, la vida constituye la base física de la existencia humana<sup>11</sup> y es, en ese sentido, un presupuesto si se quiere “físico” del ejercicio de los demás derechos fundamentales de que son titulares las personas. Desde un punto de vista normativo, en cambio, el derecho a la vida debe ser interpretado a la luz de otros intereses jurídicos de que es titular la persona, particularmente a partir de la libertad en dignidad y derechos a que alude el artículo 1 CPR. Atendido a que el concepto de libertad a que alude esa norma (como el de igualdad) está vinculado a las nociones de dignidad y de derechos, es posible sostener, a propósito del derecho a la vida, así como de cualquier otro derecho subjetivo constitucional de que es titular la persona, que él debe ser entendido como un derecho que se ejerce en libertad, esto es, autónomamente por parte de su titular. El derecho a la vida como realidad normativa y no meramente biológica debe ser entendido, consiguientemente, como un derecho constitucional a la vida autónoma.

El reconocimiento constitucional del derecho a la vida comienza con el nacimiento de la persona. Según el artículo 74 del CC, el nacimiento se produce con la separación completa entre la criatura y la madre, la cual tiene lugar con la expulsión de la primera del vientre materno. A partir de dicho momento es posible identificar a un “otro”, esto es, a un individuo diverso de la madre. Para que se produzca una separación completa entre la criatura y la madre no es necesario el corte del cordón umbilical<sup>12</sup>. Exigirlo, podría implicar supeditar la titularidad del derecho constitucional a la vida y, consiguientemente de

<sup>9</sup> Cfr. al efecto FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, “El “derecho a la vida” y el “derecho a hacer la vida” en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial” [en línea], en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12 (2009), pp. 209-214 [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722009000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000100006), punto I, haciendo referencia a la “interpretación usual” del derecho a la vida.

<sup>10</sup> También distingue entre “vida” y “derecho a la vida” FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de persona...”, p. 122.

<sup>11</sup> Cfr. LORENZ, Dieter, “Art. 2 GG”, en DOLZER, Rudolf, KAHL, Wolfgang, WALDHOFF, Christian y GRASSHOF, Karin (edit.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Tomo I, Heidelberg, C.F. Müller, estado abril de 2008, número marginal 17.

<sup>12</sup> Cfr. en ese sentido POLITOFF L., MATUS A. y RAMÍREZ G., *Lecciones...*, p. 26.

la acción constitucional de protección, así como la tutela penal de la vida independiente a la simple voluntad de un tercero.

El derecho constitucional a la vida es inviolable e indisponible por parte de terceros diversos de su titular<sup>13</sup>. En cambio, para el titular del derecho constitucional a la vida, esto es, la persona, el bien jurídico vida sí es disponible<sup>14</sup>. El derecho constitucional a la vida, en cuanto tal, se encuentra establecido en interés de su titular, cuestión que se encuentra implicada en su consagración normativa como derecho y no como deber u obligación. Si bien es posible reconocer un interés colectivo difuso de la sociedad en la continuidad de la vida de sus integrantes<sup>15</sup>, dicho interés resulta desplazado por la decisión libre y autónoma de la persona de disponer de su propia vida. Ello no es sino una consecuencia de la conceptualización del derecho constitucional a la vida aquí planteada, a saber, como un derecho constitucional a la vida autónoma.

Desde el punto de vista de la inviolabilidad o indisponibilidad del derecho constitucional a la vida por parte de terceros distintos de su titular, el Estado tiene tanto el deber como la facultad de tutelar la vida de la persona ante lesiones o puestas en peligro por parte de terceros<sup>16</sup>. En el plano constitucional, el titular del derecho constitucional a la vida puede ejercer la acción de protección establecida en el artículo 20 CPR, en caso de que por actos u omisiones arbitrarios o ilegales de terceros, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional a la vida. En el plano penal, la protección legal más clara que el ordenamiento jurídico confiere a la vida de los seres humanos nacidos, esto es, a las personas, está constituida por las disposiciones que penalizan el homicidio en los artículos 390 y siguientes del Código Penal chileno (CP). La prohibición de matar a otro que se establece respecto de terceros distintos del titular del derecho constitucional a la vida no es, sin embargo, absoluta. Por el contrario, el Derecho autoriza expresamente, si bien de manera excepcional, la provocación de la muerte de otro, siendo uno de los casos más claros, el de la legítima defensa<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. en ese sentido RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, "Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana" [en línea], en: *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, Nº 3 (2001), pp. 1-21 [citado el 20 de abril de 2011], <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/e1868c804fb6a0cb22fbb46ce4e7365/7.pdf?MOD=AJPERES>, p. 4.

<sup>14</sup> Cfr. en esa línea DE FARIA COSTA, José, "O fim da vida e o direito penal", en EL MISMO, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 125 y JAKOBS, Günther, "Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem", en: *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte*, Nº 2 (1998), p. 15, con referencias ulteriores.

<sup>15</sup> Cfr. WEIGEND, Thomas, "Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen", en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 98, 1986, p. 66.

<sup>16</sup> Cfr. en ese sentido DI FABIO, Udo, "Art. 2 Abs. 2 GG", en HERZOG, Roman, HERDEGEN, Matthias, SCHOLZ, Rupert y KLEIN, Hans H. (edit.), *Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar*, Tomo I, München, Beck, 2010, número marginal 7, p. 16.

<sup>17</sup> Véase en esa línea, solamente, INGELFINGER, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 12.

El derecho constitucional a la vida de que son titulares las personas no admite ser valorado cualitativamente: la “personalidad” de que gozan los seres humanos nacidos no admite ponderaciones<sup>18</sup>. Todo ser humano nacido, en cuanto persona, es titular en el mismo sentido y con el mismo alcance del derecho constitucional a la vida. Consiguientemente, y mientras no se produzca la muerte, cualquier distinción que se haga respecto del sentido y alcance del derecho constitucional a la vida de que son titulares las personas debe ser considerada como inconstitucional. Ello rige tanto respecto del deber del Estado de tutelar la vida, que debe ser cumplido sin distinción, pero también respecto de la prohibición de matar a otro: matar a un niño, a un adulto o a un anciano, o bien a un hombre o a una mujer, constituyen idéntico injusto penal<sup>19</sup>.

## II. LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER COMO OBJETO DE PROTECCIÓN LEGAL.

### 1.1. Alcance de la protección legal de la vida del que está por nacer

De acuerdo con la CPR, la vida del *nasciturus* es “objeto de protección imperativo para el legislador”<sup>20</sup>. Puesto que el *nasciturus* no es persona<sup>21</sup>, no es posible predicar respecto del mismo la titularidad de derechos (y obligaciones), en este caso, la titularidad del derecho subjetivo constitucional a la vida<sup>22</sup>. Como el *nasciturus* no es titular del derecho constitucional a la vida, resulta improcedente la interposición de la acción de protección establecida en el artículo 20 CPR a su favor<sup>23</sup>. Sin embargo, atendido que la Constitución establece imperativamente, que la ley protege la vida del que está por nacer, el legislador chileno no puede dejar la vida del *nasciturus* absolutamente desprotegida, existiendo a su respecto el deber jurídico de dictar normas que tiendan a dicha finalidad<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, “Rechtmäßige Abtreibung von Personen?”, en: *Juristische Rundschau*, 2000, p. 406.

<sup>19</sup> Cfr. al efecto INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzberieche...*, p. 9.

<sup>20</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La píldora...”, p. 54.

<sup>21</sup> Cfr. arriba, el punto 1.1.

<sup>22</sup> Por lo mismo JAKOBS, “Rechtmäßige...”, p. 404 ss., critica el planteamiento sostenido, entre otros, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (véase por todas, la sentencia de 28 de mayo de 1993 en BVerfG 88, pp. 203 ss., p. 210), según el cual, el *nasciturus* tendría un “derecho a la vida” independiente de la mujer embarazada. A su juicio, en un ordenamiento jurídico en que se permite abortar, el *nasciturus* no puede ser catalogado como “persona”. Con todo, el planteamiento de *Jakobs* es diverso del que acá se efectúa, en el sentido de que no se deduce el estatus de objeto de protección legal del *nasciturus* a partir de normas legales que expresamente autorizan el aborto, como en el caso alemán, sino que a partir de la interpretación armónica y sistemática de las normas constitucionales y legales chilenas, que excluyen al *nasciturus* del concepto de persona y, por ende, de la titularidad de derechos subjetivos constitucionales.

<sup>23</sup> Así también BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La píldora...”, p. 64.

<sup>24</sup> En la misma línea BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La píldora...”, p. 65. Igualmente EL MISMO, “La

Desde un punto de vista penal<sup>25</sup>, la protección legal más clara que el ordenamiento jurídico confiere a la vida del *nasciturus* está constituida por las disposiciones que penalizan el aborto en los artículos 342 y siguientes del CP en relación con el artículo 119 del Código Sanitario. La regulación legal del aborto en el CP chileno recoge el estatus constitucional diferenciado entre el ser humano nacido o “persona” y el *nasciturus* a la hora de establecer la penalidad. Ello resulta evidente en el caso del aborto consentido, figura que supone una lesión de la vida del *nasciturus* pero no de otros intereses de la mujer embarazada, como su integridad corporal o salud, que se verían afectadas en el aborto en que se ejerce violencia en la mujer embarazada, o su autonomía, que resultaría lesionada en el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer. Pues bien, si el estatus jurídico constitucional del *nasciturus* fuera igual al de las personas, el legislador penal tendría, a fin de adecuarse a la CPR, que haber establecido igual pena para el aborto consentido que para el homicidio, cuestión que en los hechos no ocurre<sup>26</sup>.

---

licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 10 (2004), p. 168.

<sup>25</sup> Evidentemente, existen otros ámbitos legales relevantes que directa o indirectamente tutelan la vida del *nasciturus*. Solo por nombrar un ejemplo, las normas del trabajo protectoras de la maternidad y, consiguientemente, de la vida del que está por nacer.

<sup>26</sup> Cfr. al efecto, en la misma línea, FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de persona...”, p. 117, comparando las penas del aborto con las del infanticidio y el parricidio. En Alemania, donde la Constitución es mucho más amplia que la chilena y en cuyo artículo 2 inciso 2 se establece que “todos tienen derecho a la vida (...)”, se ha intentado justificar la importante diferencia de pena entre el homicidio y el aborto en argumentos poco defendibles. Así, por ejemplo, GROPP, Walter, “Vor §§ 218 ff.”, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (edit.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo III, München, Beck, 2003, número marginal 38, sostiene que pese a que la vida de la mujer embarazada y del *nasciturus* son, en principio, equivalentes, es posible establecer –y así sucede desde un punto de vista penal– una “valoración diferenciada de los intereses” de la madre y del niño. Pues bien, si la vida de ambos efectivamente fuese equivalente, las normas constitucionales que autorizan el aborto en determinados supuestos tendrían que ser consideradas como inconstitucionales, cuestión que en la práctica no acontece. Así también lo destaca FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* –58ª edición–, München, Beck, 2011, Vor § 218, número marginal 2a, quien advierte la evidente contradicción entre las normas penales, que no castigan la provocación de la muerte del embrión antes de la anidación y solo lo hacen de manera limitada después de ocurrida esta, con la tesis del Tribunal Constitucional Alemán (cfr. la sentencia de 28 de mayo de 1993 BVerfG 88, p. 203 ss., p. 210) y la tesis de la doctrina mayoritaria, resumida en el planteamiento recientemente expuesto de Gropp, en orden a que la vida independiente y la vida dependiente serían de una misma clase o naturaleza y tendrían un mismo valor. Destacan asimismo la diferencia de valor entre la vida humana independiente y la vida humana dependiente, deducible, entre otras cosas, de la distinta penalidad entre las figuras de homicidio y aborto MAURACH, Reinhardt, SCHROEDER, Friedrich-Christian y MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte* -10ª edición-, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 6, número marginal 9. Véase igualmente, en la misma línea, WEBER, Ulrich, “§ 5 Verletzung des Rechtsguts „Leben des Leibesfrucht“ §§ 218 ff.”, en ARZT, Gunther, EL MISMO, HEINRICH, Bernd y HILGENDORF, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil* -2ª edición-, Bielefeld, Gieseking, 2009, número marginal 22, según el cual, la muerte del *nasciturus* no es cualitativamente equiparable con la muerte de una persona.



De la circunstancia que el bien jurídico protegido por las disposiciones legales que penalizan el aborto sea la vida humana dependiente o prenatal no se deduce el estatus del *nasciturus* como sujeto de derechos fundamentales<sup>27</sup>. Por el contrario, el legislador puede establecer una pena frente a la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico e incluso la propia Constitución puede establecer que un determinado bien ha de ser protegido por el ordenamiento jurídico, pero ello es independiente de la consagración de dicho bien (jurídico) como derecho fundamental o como titular de derechos fundamentales. Por lo mismo, de la circunstancia que se castigue penalmente el maltrato animal o la destrucción del medio ambiente e incluso la Constitución ordene la tutela jurídica de la fauna y la flora, no se desprende que los animales o el medio ambiente sean titulares de derechos fundamentales<sup>28</sup>. Se trata de realidades jurídicas diversas, que en muchos casos se vinculan, pero que desde un punto de vista normativo no tienen que coincidir necesariamente.

## 1.2. Colisión entre la vida del que está por nacer y los derechos subjetivos constitucionales de la mujer embarazada. Bases para la cancelación de la antinormatividad<sup>29</sup> del aborto consentido

Las normas penales chilenas que consagran el aborto establecen un estatuto legal de prohibición del aborto sin excepciones, esto es, sin la consagración expresa de causales de justificación que autoricen el aborto en determinados supuestos. Este estatuto legal va mucho más allá de la prohibición de matar a otro, que no es absoluta y sí conoce excepciones, como la de la legítima defensa, pero también va mucho más allá de lo que expresamente manda la CPR. En efecto, el inciso segundo del artículo 19 número 1 de la Constitución establece que “la ley protege la vida del que está por nacer”, pero no manda al legislador a proteger esa vida, esto es, prohibir el aborto, bajo cualquier supuesto, como acontece actualmente en el CP chileno. Por lo mismo, a partir de lo dispuesto en la CPR, que no establece que la ley deba proteger la vida del *nasciturus* en cualquier supuesto y bajo cualquier circunstancia, cabe preguntarse si es posi-

<sup>27</sup> Cfr. MERKEL, Reinhard, “Der Schwangerschaftsabbruch”, en ROXIN, Claus y SCHROTH, Ulrich (edit.), *Handbuch des Medizinstrafrechts* –4ª edición–, Stuttgart, Boorberg, 2010, p. 311.

<sup>28</sup> En la misma línea FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de persona...”, p. 120.

<sup>29</sup> Cuando acá se alude a “cancelación de la antinormatividad” se está utilizando dicho término en un sentido amplio, no coincidente con el empleo que KINDHÄUSER, Urs, “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal”, en EL MISMO, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara Editores, 2008, pp. 32 ss. hace de dicho concepto, a propósito de la naturaleza jurídica del consentimiento en materia penal como “razón de cancelación de la norma”. El motivo de ello es evidente: la cancelación de la antinormatividad del aborto consentido no se resuelve por la sola existencia del consentimiento de la mujer embarazada, sino que mediante la comparación del peso normativo entre determinados derechos subjetivos constitucionales de que ella es titular y la vida del *nasciturus* como objeto de protección legal. Con todo, el consentimiento de la mujer embarazada es un presupuesto de los casos de aborto que aquí se analizan.

ble fundamentar la cancelación de la antinormatividad del aborto consentido<sup>30</sup> por la mujer embarazada en base a otros derechos subjetivos constitucionales de los que ella es titular, los cuales colisionarían con la vida del *nasciturus*, que el legislador debe proteger. Para construir una fundamentación como la indicada es necesario partir de la base del diferente estatus jurídico constitucional entre el derecho constitucional a la vida, de que son titulares las personas, y la vida del *nasciturus* como objeto de protección legal, cuya vigencia en el ordenamiento jurídico chileno ya fue acreditada<sup>31</sup>. La razón de ello es evidente: si la vida del *nasciturus* tuviera el mismo estatus jurídico constitucional que el derecho constitucional a la vida de que son titulares las personas, la antinormatividad del aborto no podría resultar cancelada en virtud de la supremacía de otros derechos constitucionales de la mujer, precisamente porque no estaríamos ante un interés jurídicamente superior a otro<sup>32</sup>.

El caso de aborto consentido provocado para salvar la vida de la madre es un supuesto especial de estado de necesidad y su fundamento constitucional se encuentra en el derecho a la vida de que ella es titular. Respecto del *nasciturus* no cabe plantear la colisión entre dos derechos constitucionales a la vida, uno de titularidad de la mujer embarazada y otro de titularidad del *nasciturus*, precisamente, porque el *nasciturus* no es titular del derecho constitucional a la vida de que sí es titular la mujer embarazada. Consecuentemente, la exigibilidad absoluta del deber legal de tolerar un embarazo que se establece respecto de la mujer embarazada es en este caso inconstitucional<sup>33</sup>, pues desconoce el mayor peso jurídico del derecho subjetivo constitucional a la vida de que es titular la mujer embarazada por sobre la vida del *nasciturus* como objeto de protección legal.

<sup>30</sup> Como advierte KRÖGER, Perdita, "Vor §§ 218 ff.", en JÄHNKE, Burkhard, LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm y ODERSKY, Walter (edit.), *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, Tomo V -11ª Edición-, Berlin, De Gruyter Recht, estado abril de 2002, número marginal 29, solo cuando la mujer embarazada consiente en la provocación del aborto es posible hablar de un conflicto de intereses entre la vida del *nasciturus* y otros intereses jurídicamente relevantes de la mujer.

<sup>31</sup> Cfr. arriba el punto 1.1.

<sup>32</sup> Por lo mismo, resulta criticable el planteamiento alemán que fundamenta la menor penalidad del aborto en relación a la del homicidio, no en el menor estatus jurídico de la vida del *nasciturus* respecto de la vida humana independiente o en alguna consideración semejante, sino que en el objetivo conflicto o colisión de intereses entre la madre y el embrión. Cfr. en esa línea JOECKS, Wolfgang, *Studienkommentar StGB* -9ª edición-, München, Beck, 2010, Vor § 218, número marginal 2 y ESER, Albin, "Vorbem. §§ 218 ff.", en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar* -28ª edición-, München, Beck, 2010, número marginal 9.

<sup>33</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La licitud...", p. 172. Con todo, para dicho autor la justificación del aborto en caso de peligro actual o inminente de muerte para la mujer encontraría su fundamento en el principio de igualdad ante la ley del artículo 19 número 2 CPR, en el siguiente sentido: "Nadie tiene por qué tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente de peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, con tal que esos intereses tengan un peso específico menor o equivalente al peso específico de los intereses que se protege. Denegar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria" (BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La licitud...", p. 173).

Una argumentación similar puede plantearse a propósito de la afectación de la integridad corporal o la salud de la mujer embarazada, cuya incolumidad o intangibilidad se encuentran aseguradas en el artículo 19 número 1 mediante las garantías a la “integridad física y psíquica de la persona”. La integridad física y psíquica son derechos subjetivos constitucionales que la CPR reconoce a la mujer embarazada en tanto persona, pero no al *nasciturus*, que carece de dicho estatus. Sin embargo, a diferencia de lo que se planteó respecto de la vida, que en cierto sentido es un interés absoluto —o se está vivo o no<sup>34</sup>— no cualquier afectación de la integridad corporal o la salud de la mujer embarazada cancela la antinormatividad de la provocación de un aborto. Por el contrario, si cualquier afectación de la integridad corporal o la salud de la mujer embarazada cancelara la antinormatividad de la provocación de un aborto, no se podría dar cumplimiento al mandato constitucional, según el cual, “la ley protege la vida del que está por nacer”, puesto que todo embarazo implica, en cuanto tal, una afectación de la integridad corporal o de la salud de la mujer embarazada. Sin embargo, una vez que se traspasa la afectación de la integridad corporal o la salud de la mujer embarazada que es inherente al embarazo, surge un conflicto entre el derecho constitucional a la integridad física y psíquica de que es titular la mujer embarazada y la vida del *nasciturus* que, por mandato constitucional debe ser protegida por la ley. Atendido el mayor peso jurídico constitucional de la integridad física y psíquica de la mujer embarazada como derechos subjetivos constitucionales por sobre la vida del *nasciturus*, ha de primar la integridad física y psíquica de la mujer embarazada por sobre la vida del que está por nacer. Consiguientemente y supuesto el consentimiento de la mujer, debe tenerse por cancelada la antinormatividad de la provocación de su aborto en caso de que nos encontremos ante una afectación de su integridad corporal o salud superior a la que resulta inherente al embarazo. También en este caso es inconstitucional la exigibilidad absoluta del deber legal de tolerar un embarazo, pues supone imponer a la mujer embarazada el sacrificando de su integridad corporal o salud en favor de la vida del *nasciturus*<sup>35</sup>, desconociendo de esta forma el peso jurídico constitucional de los derechos subjetivos constitucionales de los que ella es titular.

<sup>34</sup> Lo que sí es posible es evaluar el mayor o menor riesgo de lesión para la vida de la mujer embarazada. Pero ello en nada afecta las conclusiones a las que aquí se arriba.

<sup>35</sup> En Alemania, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que no se puede exigir a la mujer embarazada un sacrificio de su salud en favor de la vida del *nasciturus*, aun sin efectuar expresamente la comparación entre el peso normativo de los derechos subjetivos constitucionales de la mujer embarazada y la vida del *nasciturus* como objeto de protección legal que aquí se realiza. Cfr. en ese sentido, por ejemplo, MOMSEN, Carsten, “§ 218 a”, en SATZGER, Helmut, SCHMITT, Bertram y WIDMAIER, Gunter (edit.), *StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, número marginal 7 y RUDOLPHI, Hans-Joachim y ROGALL, Klaus, “218 a”, en RUDOLPHI, Hans-Joachim, HORN, Eckhard, GÜNTHER, Hans-Ludwig y SAMSON, Erich (edit.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II, München, Luchterhand, estado abril de 2008, número marginal 38. Véase asimismo en la jurisprudencia alemana la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de febrero de 1975 en BVerfG 39, pp. 1 y ss., p. 49.

La cancelación de la antinormatividad del aborto consentido frente a un supuesto de violación u otras actuaciones coercitivas contrarias a la libertad sexual de la mujer que sean causalmente idóneas para la reproducción<sup>36</sup>, encuentra su fundamento constitucional, por una, en la dignidad de la persona reconocida en el artículo 1 CPR y en el derecho constitucional a la integridad psíquica<sup>37</sup> del artículo 19 número 1 y, por otra parte, en la autonomía o autonomía reproductiva de la mujer, como manifestación de sus derechos subjetivos constitucionales a la vida privada (artículo 19 número 4 CPR), a la libertad de conciencia (artículo 19 número 6 CPR), a la libertad personal (artículo 19 número 7 CPR), pero también a la “libertad en dignidad y derechos” del artículo 1 CPR. Los intereses indicados tienen mayor entidad jurídico constitucional que la vida del *nasciturus*, pues están consagrados como derechos subjetivos constitucionales y no como objetos de protección legal. Oponerse a la impunidad del aborto consentido cuando el *nasciturus* es producto de una violación u otra actuación coercitiva contraria a la libertad sexual de la mujer que sea causalmente idónea para la reproducción implica constreñir a la mujer embarazada a soportar un embarazo en cuyo origen no ha tenido responsabilidad alguna<sup>38</sup>, obligándola a tolerarlo como simple “medio” para la obtención de un “fin”<sup>39</sup>. Como acertadamente sostiene *Merkel*, a propósito de este supuesto, ninguna persona tiene por qué poner su cuerpo a disposición para la conservación de otro, si dicha persona no ha sido causal ni en alguna otra forma responsable del hecho de que otro requiera necesariamente de su cuerpo para sobrevivir<sup>40</sup>.

El supuesto de aborto consentido frente a una malformación congénita del *nasciturus* es más complejo que los casos anteriores. Y lo es, pues puede que una malformación congénita del *nasciturus*, en cuanto tal, no lesione ni ponga en peligro la vida, la integridad corporal<sup>41</sup> o la dignidad de la mujer embarazada, sino que más bien afecte a la madre, recién una vez que se produzca el

<sup>36</sup> Cfr., acertadamente, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La licitud...”, p. 176, quien incluye dentro de los casos en que procedería una justificación de la provocación del aborto consentido, fuera del supuesto de violación, los casos de estupro, abusos sexuales, inseminación no sexual y transferencia de embriones no consentida.

<sup>37</sup> En la misma línea RUDOLPHI y ROGALL, “218 a...”, número marginal 56, quienes aluden a la situación de conflicto psicológico extremo en que se encuentra la mujer, a quien se la ha impuesto el estado de embarazo mediante una actuación antijurídica.

<sup>38</sup> Cfr. en el mismo sentido MERKEL, Reinhard, “218 a”, en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo II –3ª edición–, Baden-Baden, Nomos, 2010, número marginal 145.

<sup>39</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La píldora...”, p. 72.

<sup>40</sup> Cfr. MERKEL, “218 a...”, número marginal 145. Según este autor, en la obra y número marginal citados, el deber de solidaridad de la madre respecto del *nasciturus* en ningún caso supone un deber de la madre de poner su cuerpo a disposición para la conservación del ser humano no nacido.

<sup>41</sup> Cfr. con referencia a la ausencia de peligro para la vida, la integridad física o psíquica de la mujer RUDOLPHI y ROGALL, “218 a...”, número marginal 13.

nacimiento. Esto supone una diferencia con los casos anteriores, en los cuales, la existencia misma del *nasciturus* durante el embarazo, o bien implicaba un riesgo actual o inminente para la vida o bien para la integridad corporal o la salud de la mujer embarazada, o bien constituía el fruto de una actuación coercitiva contraria a la dignidad, a la integridad psíquica y a la autonomía reproductiva de la mujer. En cambio, las malformaciones congénitas del *nasciturus*, por regla general, van a afectar intereses de la mujer una vez producido el nacimiento<sup>42</sup>, momento a partir del cual ya no cabe hablar de aborto, sino que de homicidio. En cuanto a la afectación de su autonomía o de la autonomía reproductiva de la mujer, si bien es posible fundamentar constitucionalmente la supremacía normativa de la autonomía de la mujer por sobre la vida del *nasciturus* en tanto derecho subjetivo constitucional y no como objeto de protección legal, resulta difícil establecer cuál es el límite constitucional a partir del cual dicha autonomía tendría que ceder frente a la vida del *nasciturus*<sup>43</sup> y, consiguientemente, dejar de cancelar la antinormatividad del aborto consentido. Como se sostuvo anteriormente, puesto que la Constitución dispone que “la ley protege la vida del que está por nacer”, no es posible establecer una supremacía absoluta de la autonomía o de la autonomía reproductiva de la mujer por sobre la vida del *nasciturus*<sup>44</sup> pues, de establecerse dicha supremacía absoluta, no se estaría dando cumplimiento a ese mandato constitucional que vincula al legislador y le manda proteger la vida del *nasciturus*. Que la decisión de abortar dependa única y exclusivamente de la autonomía o de la autonomía reproductiva de la mujer contraviene la Constitución. Con todo, y en caso de malformaciones congénitas especialmente graves, es posible fundamentar la cancelación de la antinormatividad del aborto consentido en la afectación de la integridad psíquica en cuanto derecho subjetivo constitucional de la mujer embarazada<sup>45</sup>, la cual, como se dijo anteriormente, debe ser superior a la que

<sup>42</sup> KÜHL, Kristian, en: *Lackner/Kühl, StGB, Kommentar* –27ª edición–, München, Beck, 2011, § 218 a, número marginal 14, estima que ello no es obstáculo para sostener la impunidad del aborto consentido, si la malformación congénita del *nasciturus* por su tipo y gravedad es insuperable y de tal entidad, que hagan prever que el cuidado y educación del niño impondrán a la madre una carga excesiva que no le es exigible atendida su duración o implicancias económicas, entre otros.

<sup>43</sup> En la misma línea BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La licitud...”, p. 177, según el cual, “no es posible, en el marco de la mera ponderación de intereses constitucionales, determinar qué patologías del feto conllevan una afectación de los intereses de la mujer tal que hace inexigible el deber de tolerar el embarazo y cuáles patologías no lo hacen”.

<sup>44</sup> En la misma línea, a propósito del Derecho Penal alemán, donde el consentimiento de la mujer es condición necesaria pero no suficiente para la justificación del aborto, por ejemplo, ESER, “Vorbem. §§ 218 ff...”, número marginal 9; KÜHL, en *Lackner/Kühl...*, § 218 a, número marginal 7; WESSELS, Johannes y HILLENKAMP, Thomas, *Strafrecht Besonderer Teil 1* –33ª edición–, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 4, número marginal 224.

<sup>45</sup> En Chile, parecen no cerrarse a dicha posibilidad POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2006, p. 256, pero solo en caso de un grave desequilibrio psíquico de la madre.

es inherente al estado de embarazo. Particularmente en caso de malformaciones congénitas que permitan pronosticar la inviabilidad del *nasciturus* fuera del cuerpo de la mujer Bascuñán Rodríguez señala lo siguiente: “La exigencia del deber de tolerar el embarazo en estos casos solo puede basarse en una consideración del respeto por la vida del feto de carácter trascendente o sobrenatural, ajena a su concepción como presupuesto de la autonomía (potencial) de un ser humano”<sup>46</sup>. Todo lo sostenido es sin perjuicio de los casos en los cuales la existencia misma del embarazo suponga una lesión o riesgo para la integridad corporal o la salud de la mujer, supuesto que debe resolverse, como se sostuvo anteriormente, afirmando la cancelación de la antinormatividad del aborto consentido atendido el mayor peso jurídico constitucional de la integridad corporal o la salud de la mujer como derecho subjetivo constitucional por sobre la vida del *nasciturus* en tanto objeto de protección legal.

El caso de aborto consentido provocado frente al peligro actual o inminente de un empeoramiento de la calidad de vida de la mujer, incluido su entorno familiar, resulta asimismo difícil de justificar, al menos en esos términos, en base a las normas constitucionales chilenas. Como en el caso anterior, si bien es cierto que la existencia del *nasciturus* puede constituir una fuente de peligro actual o inminente para los intereses constitucionales patrimoniales de la mujer, la concreción de ese peligro recién va a producirse o, en un sentido penal, convertirse en “lesión”, con el nacimiento del ser humano en cuestión. Hasta antes del nacimiento, existe en principio una colisión entre el “peligro” actual o inminente de afectación de los intereses constitucionales patrimoniales de la mujer embarazada y la “lesión” de la vida del *nasciturus*, que la ley, por mandato constitucional, debe proteger. Ese conflicto de intereses debe resolverse en favor de la vida del *nasciturus*, primero, porque si bien la vida del *nasciturus* carece del estatus jurídico constitucional que tiene la vida de los seres humanos nacidos, es posible afirmar una supremacía general de la vida, incluida la del *nasciturus*, por sobre cualquier tipo de interés patrimonial<sup>47</sup>; y segundo, porque la “lesión” de la vida del *nasciturus* es una conducta más grave que la “puesta en peligro” de los intereses constitucionales patrimoniales de la mujer embarazada. Con todo, en casos especialmente graves es posible fundamentar la cancelación de la antinormatividad del aborto consentido, no basada en las normas constitucionales que tutelan intereses patrimoniales de la mujer, sino que más bien en las disposiciones que protegen su integridad corporal o salud.

<sup>46</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La licitud...”, p. 177.

<sup>47</sup> En el mismo sentido BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La licitud...”, p. 178. Asimismo NEUMANN, Ulfrid, “§ 34”, en KINDHÄUSER, Urs, EL MISMO, PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo I -3ª edición-, Baden-Baden, Nomos, 2010, número marginal 72 y ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I -4ª edición-, München, Beck, 2006, § 16, número marginal 29, si bien en un contexto distinto del que aquí se analiza. Sus consideraciones son, sin embargo, también aplicables al supuesto que aquí se aborda.

Es decir, en caso de que el peligro de empeoramiento de la calidad de vida de la mujer embarazada implique, por ejemplo, una afectación de su integridad psíquica superior a la que es inherente al embarazo, es posible concluir la cancelación de la antinormatividad del aborto consentido. Su fundamento se encontraría en el mayor peso jurídico constitucional de dicha integridad psíquica en tanto derecho subjetivo constitucional de la mujer, por sobre la vida del *nasciturus* en tanto objeto de protección legal.

### III. CONCLUSIÓN

A partir del análisis de las normas constitucionales y legales chilenas es posible concluir que el concepto jurídico de persona alude a los seres humanos nacidos y que el artículo 19 número 1 CPR establece un estatus jurídico diferenciado entre las personas y el *nasciturus*. Mientras que las primeras son titulares del derecho constitucional a la vida y de la acción constitucional de protección, la vida del *nasciturus* es un objeto de protección imperativo para el legislador por mandato constitucional. El derecho constitucional a la vida como realidad normativa debe ser entendido como un derecho constitucional a la vida autónoma. Dicho derecho es inviolable e indisponible por parte de terceros diversos de su titular y no admite ser valorado cualitativamente. Sobre la base del estatus jurídico constitucional diferenciado entre la persona y el *nasciturus* es posible afirmar en determinados supuestos la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del aborto consentido por la mujer embarazada, así como la cancelación de la antinormatividad del mismo frente a la lesión o puesta en peligro de determinados derechos constitucionales de los que ella es titular.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección" [en línea], en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XX (1999), pp. 225-242 [citado el 20 de abril de 2011], <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/view/439/412>.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "La titularidad de los derechos fundamentales" [en línea], en: *Estudios constitucionales*, vol. 1 N° 001, pp. 187-201 (2003) [citado el 20 de abril de 2011], <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82010110.pdf>.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", en: *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 10 (2004), pp. 143-181.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "La píldora del día después ante la jurisprudencia" [en línea], en: *Estudios Públicos*, 95 (2004), pp. 43-89 [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_3389.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html).

- CORRAL TALCIANI, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida” [en línea], en: *Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1 (2005), pp. 37-53 [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci_abstract).
- DE FARIA COSTA, José, “O fim da vida e o direito penal”, en EL MISMO, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 105-161.
- DI FABIO, Udo, “Art. 2 Abs. 2 GG”, en HERZOG, Roman, HERDEGEN, Matthias, SCHOLZ, Rupert y KLEIN, Hans H. (edit.), *Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar*, Tomo I, München, Beck, 2010, 143 pp.
- ESER, Albin, “Vorbem. §§ 218 ff.”, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar* -28ª edición-, München, Beck, 2010, 3042 pp.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto” [en línea], en: *Revista de Derecho*, vol. XX N° 2 (2007), pp. 95-130 [citado el 20 de abril de 2011], <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art05.pdf>.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “El “derecho a la vida” y el “derecho a hacer la vida” en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial” [en línea], en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12 (2009), pp. 209-214 [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722009000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000100006).
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* -58ª edición-, München, Beck, 2011, 2548 pp.
- GEIGER, Jutta y VON LAMPE, Claudia, “Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch - BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92 - Ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück”, en: *Juristische Ausbildung*, 1994, pp. 20-30.
- GROPP, Walter, “Vor §§ 218 ff.”, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (edit.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo III, München, Beck, 2003, 1385 pp.
- HORVITZ L., María Inés y SOTO P., Miguel, “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia” [en línea], en: *REJ-Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9 (2007) [citado el 20 de abril de 2011], <http://web.derecho.uchile.cl/cej/html/media/consideracionesregulacionaborto.pdf>, pp. 75-120.
- INGELFINGER, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, 376 pp.
- JAKOBS, Günther, “Rechtmäßige Abtreibung von Personen?”, en: *Juristische Rundschau*, 2000, pp. 404-407.
- JAKOBS, Günther, “Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem”, en: *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte*, N° 2 (1998), pp. 3-35.
- JOECKS, Wolfgang, *Studienkommentar StGB* -9ª edición-, München, Beck, 2010, 852 pp.



- JOERDEN, Jan C., “Beginn und Ende des Lebensrechtsschutzes”, en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 120, 2008, pp. 11-21.
- KINDHÄUSER, Urs, “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal”, en EL MISMO, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara Editores, 2008, pp. 11-38.
- KRÖGER, Perdita, “Vor §§ 218 ff.”, en JÄHNKE, Burkhard, LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm y ODERSKY, Walter (edit.), *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, Tomo V –11ª Edición–, Berlin, De Gruyter Recht, estado abril de 2002.
- KÜHL, Kristian, en *Lackner/Kühl, StGB, Kommentar –27ª edición–*, München, Beck, 2011, 1660 pp.
- LORENZ, Dieter, “Art. 2 GG”, en DOLZER, Rudolf, KAHL, Wolfgang, WALDHOFF, Christian y GRASSHOF, Karin (edit.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Tomo I, Heidelberg, C.F. Müller, estado abril de 2008, 168 pp.
- MAURACH, Reinhardt, SCHROEDER, Friedrich-Christian y MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte -10ª edición–*, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, 702 pp.
- MERKEL, Reinhard, “218 a”, en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo II –3ª edición–, Baden-Baden, Nomos, 2010, 3161 pp.
- MERKEL, Reinhard, “Der Schwangerschaftsabbruch”, en ROXIN, Claus y SCHROTH, Ulrich (edit.), *Handbuch des Medizinstrafrechts –4ª edición–*, Stuttgart, Boorberg, 2010, pp. 295-382.
- MOMSEN, Carsten, “§ 218 a”, en SATZGER, Helmut, SCHMITT, Bertram y WIDMAIER, Gunter (edit.), *StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, 2501 pp.
- NEUMANN, Ulfrid, “§ 34”, en KINDHÄUSER, Urs, EL MISMO y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo I –3ª edición–, Baden-Baden, Nomos, 2010, 3384 pp.
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2006, 435 pp.
- POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial –2ª edición–*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 689 pp.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, “Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana” [en línea], en: *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 3 (2001), pp. 1-21 [citado el 20 de abril de 2011], <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/e1868c804fbf6a0cb22fbb46ce4e7365/7.pdf?MOD=AJPERES>.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I –4ª edición–, München, Beck, 2006, 1136 pp.

- RUDOLPHI, Hans-Joachim y ROGALL, Klaus, “218 a”, en RUDOLPHI, Hans-Joachim, HORN, Eckhard, GÜNTHER, Hans-Ludwig y SAMSON, Erich (edit.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II, München, Luchterhand, estado abril de 2008, 38 pp.
- WEBER, Ulrich, “§ 5 Verletzung des Rechtsguts Leben des Leibesfrucht“ §§ 218 ff.”, en ARZT, Gunther, EL MISMO, HEINRICH, Bernd y HILGENDORF, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil* –2ª edición–, Bielefeld, Gieseking, 2009, 1312 pp.
- VAN WEEZEL, Alex, en HERMOSILLA, Juan Pablo, EL MISMO, “Contrapunto: El aborto terapéutico” [en línea], en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 1 (2009), pp. 205-208, [citado el 20 de abril de 2011], [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_artext&pid=S071834372009000100013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_artext&pid=S071834372009000100013&lng=es&nrm=iso).
- WEIGEND, Thomas, “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 98, 1986, pp. 44-72.
- WESSELS, Johannes y HILLENKAMP, Thomas, *Strafrecht Besonderer Teil 1* –33ª edición–, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, 355 pp.