

EL DELITO DE ABORTO FRENTE A LA CONSTITUCION DE 1980

LUIS RODRIGUEZ COLLAO
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCION

La ciencia del derecho penal y el constitucionalismo moderno son prácticamente coetáneos: ambos surgieron al amparo de las ideas políticas de la Ilustración y se han desarrollado en forma paralela, guiados por el propósito común de señalar los límites del poder estatal.¹

En el plano positivo, aquella relación se ve favorecida por una suerte de interdependencia entre el ordenamiento constitucional de los países y sus leyes penales, puesto que cualquier reforma de importancia que experimente la Constitución -y con mayor razón, su reemplazo- suele ir aparejada de una revisión orgánica de las leyes penales y, al revés, los progresos observados por la ciencia penal normalmente influyen en forma decisiva en el perfeccionamiento del sistema constitucional.²

La Carta de 1980, en la medida que acoge y desarrolla conceptos como los de tipicidad, culpabilidad y responsabilidad criminal, que no figuraban en su antecesora, muestra claramente la influencia de la dogmática penal. Sin embargo, en un sentido inverso, a diez años de su entrada en vigencia, aún no se concreta ninguna iniciativa oficial en pro de una reforma orgánica del sistema punitivo, para adecuarlo a la nueva realidad constitucional.

¹ VIVES ANTON, *El estado de derecho*, p. 19.

² HORMAZABAI MALAREF, *Política penal*, p. 155; BARBERO SANTOS, *Pena capital*, p. 101.

La doctrina, por su parte, tampoco ha emprendido ningún estudio encaminado a explicar en forma sistemática los principios que consagra la Constitución vigente en el ámbito del derecho penal, y hasta la fecha sólo registra unos pocos ensayos que abordan parcialmente las repercusiones de la nueva preceptiva constitucional en ese sector del ordenamiento jurídico.

Orientado en esa dirección, y en la esperanza de que contribuya a motivar un estudio más amplio, este trabajo se refiere a uno de los cambios más notables que introdujo la Carta de 1980 en la regulación de las garantías individuales, cual es la circunstancia de haberse consagrado el derecho a la vida, conjuntamente con una referencia expresa al concepto de dignidad personal. Su objetivo específico es determinar en qué medida esos preceptos afectan a las normas legales que tratan el delito de aborto.

No debe perderse de vista, sin embargo, que esta ponencia no sólo proviene de un penalista, sino que además se sitúa de lleno en el ámbito del derecho penal. Por esto, y como la literatura jurídica nacional registra excelentes trabajos sobre el mismo tema, escritos desde una perspectiva constitucional -es el caso de las monografías de los profesores Sergio Carrasco, Patricio Zapata Larraín y Salvador Mohor Abuauad-, nos sentimos liberados de examinar en forma exhaustiva numerosos puntos que atingen exclusivamente al derecho político. Asimismo, tratándose de un estudio estrictamente jurídico, y a fin de evitar las confusiones en que suelen incurrir los juristas cuando abordan temas como éste, prescindimos de cualquier incursión por los terrenos de la filosofía, la teología, la sociología y la biología, disciplinas que, por cierto, tienen mucho que decir sobre el derecho a la vida y sobre la vida en su etapa de gestación, pero cuyas conclusiones sólo serán utilizadas de modo referencial y en la medida que sirvan a los propósitos concretos que orientan este trabajo.

Aclaro, en fin, que estas reflexiones están motivadas en gran medida por la polémica que surgió en España a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, y que dio como resultado un número muy alto de monografías sobre el tema de la despenalización o incriminación de las conductas abortivas. Aprovechando como marco de referencia ese abundante material bibliográfico, y conscientes de que el punto también podría llegar a plantearse en Chile próximamente, intentaremos explicar las vertientes que ha seguido la discusión en España y la suerte que ella podría correr en nuestro país, al tenor de las disposiciones que consagra el texto constitucional de 1980.

II. EL DELITO DE ABORTO EN EL CODIGO PENAL DE CHILE

Como todos sabemos, el Código Penal de Chile no trata el aborto en el título de los delitos que atentan contra las personas, sino que en el título dedicado a los crímenes y simples delitos que vulneran el orden de las familias y la moralidad pública. También es sabido que al proceder de ese modo, sus redactores se apartaron del modelo español, para seguir el esquema propuesto por el Código Penal belga, aunque tomaron de aquél gran parte de sus disposiciones.

Nuestro Código distingue tres clases de aborto, en atención al sujeto que ejecuta la conducta: en los artículos 342 y 343 se castiga el aborto cometido por terceros; en el artículo 344, el aborto cometido por la propia mujer embarazada y en el artículo 345, el aborto ejecutado por un facultativo. Respecto de la primera situación, esto es, el delito cometido por terceros, el Código distingue cuatro especies, cuya configuración depende de si ha habido ejercicio de violencia, en la primera; de que no se haya obrado con el consentimiento de la mujer, en la segunda; de que haya existido tal consentimiento, en la tercera y de que se haya actuado sin el propósito de causar el resultado abortivo, en la cuarta. Las penas, por cierto, van en orden decreciente de severidad en el caso de estas cuatro figuras que tienen como sujeto activo a un tercero, y se aumentan en un grado cuando la conducta es ejecutada por un facultativo. La sanción que corresponde aplicar a la mujer coincide con aquella que la ley prevé para el tercero que actúa sin su consentimiento, pero la favorece una circunstancia atenuante especial en el evento de que hubiere obrado con el propósito de "ocultar su deshonor" (artículo 344 inciso segundo CPCh.).

Un examen comparativo entre las normas que regulan el delito de aborto y aquellas que tratan el homicidio (artículos 390 a 394 y artículos 490 a 492 CPCh.), permite concluir que las penas asignadas al primero son ligeramente inferiores a aquellas que la ley prevé para el segundo; y, por otra, que mientras en el caso del homicidio se castiga tanto el hecho doloso como el hecho culposo, el aborto sólo lleva aparejado castigo cuando el delincuente ha actuado con dolo. Asimismo, un examen global de las disposiciones del título VIII, que se refiere a los delitos que atentan contra las personas, revela que mientras en el caso del individuo nacido el castigo se extiende tanto a las conductas que afectan a la vida como a aquellas que vulneran la salud y la integridad física, en el caso de la persona no nacida, quedan impunes las conductas que atacan a estos dos últimos valores.

Cuatro son los problemas relacionados con el delito de aborto que pueden suscitar dudas en torno a su compatibilidad con la actual normativa constitucional:

- a) ¿Podría dictar el legislador una ley que simplemente eliminara del Código Penal las figuras de aborto, o una que despenalizara al menos ciertas hipótesis de las que actualmente merecen castigo?
- b) ¿Es lícito que se mantenga la diversidad de penas entre los delitos de aborto y homicidio?
- c) ¿Es lícito que subsistan las diferencias entre una persona nacida y una persona no nacida respecto de los hechos sancionados, de modo que en relación con la segunda no se castigue la muerte causada culposamente ni los atentados contra su vida o su integridad corporal?
- d) ¿Se ajusta a la Constitución el trato más benigno que recibe la mujer que actúa para ocultar su deshonra?

III. EL DERECHO A LA VIDA Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD PERSONAL EN LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XX

Con anterioridad a la década de los años cuarenta de este siglo, las constituciones no solían consagrar expresamente el derecho a la vida, ni contenían referencia alguna al concepto de dignidad de la persona humana. Esta omisión obviamente obedecía a que el reconocimiento de esos valores se daba por sobreentendido, por la sencilla razón de que ellos se encuentran implícitos en la totalidad de los derechos que las constituciones tradicionalmente garantizan.

Sin embargo, en muchos países y por diversas circunstancias, la historia del presente siglo registra numerosos casos de violación sistemática y dirigida del derecho a la vida y de procedimientos que atentan en contra de la dignidad del ser humano. Es el caso de prácticas tales como la eliminación de personas carentes de valor vital, la exterminación de grupos étnicos o religiosos y el aniquilamiento de adversarios políticos.³

³ RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida*, p. 63.

Por cierto nadie podría razonablemente sostener que una eventual consagración del derecho a la vida o el reconocimiento explícito del valor que representa la dignidad de la persona, habrían sido suficientes para evitar tales excesos. Pero tampoco podemos desconocer que, dentro de los márgenes estrechos a que suele quedar reducida la juridicidad en aquellas circunstancias, una parte mínima al menos de las adversidades que han debido soportar algunos pueblos, habría podido evitarse.

Como reacción muy explicable frente a las atrocidades de que estaba siendo testigo la humanidad, a partir de los años cuarenta se observa una tendencia que apunta a la consagración expresa del derecho a la vida y al reconocimiento también expreso del concepto de dignidad personal.⁴ Dicha tendencia fue inaugurada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y seguida luego por la mayor parte de las constituciones dictadas a partir de esa fecha. Es el camino que siguen, por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949; la Constitución de Portugal de 1978; la Constitución española de ese mismo año y, también, el texto constitucional chileno de 1980.

La falta de una consagración expresa del derecho a la vida y de un reconocimiento del valor que encierra la dignidad de la persona, permitió que en la comunidad iberoamericana el proceso de codificación desarrollado durante el siglo pasado, diera cabida una serie de preceptos penales que claramente vulnera esos valores, como las normas que justificaban el uxoricidio por motivo de adulterio y aquellas que aún hoy establecen un trato más benigno para el aborto y el infanticidio que se cometen para ocultar una muy discutible deshonra femenina. En todas esas disposiciones se subordina la vida a un interés menos valioso, cual es el honor de las personas.

Por otra parte, a raíz de las omisiones en que solían incurrir las cartas fundamentales, nadie se atrevió en aquel período a pronunciarse sobre una eventual inconstitucionalidad de los preceptos que contenían semejantes desaciertos legislativos.

Pero la situación ha cambiado, y a partir de 1978 en España y de 1980 en Chile, las constituciones expresamente consagran el derecho a la vida y destacan el valor que encierra la dignidad de la persona. Veamos, en primer término, cuál ha sido la reacción de la doctrina española frente a la nueva realidad constitucional, que impone límites muy estrictos a la acti -

⁴ Ríos, Lautaro, *La dignidad de la persona*, p. 6 ss

vidad legislativa en lo que concierne a la tipificación de los delitos que atentan contra la vida.

IV. LA REACCION DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA FRENTE A LA CONSAGRACION DEL DERECHO A LA VIDA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD PERSONAL.

En primer término, es preciso aclarar cuáles son las vertientes que ha seguido el debate en España, a partir de la entrada en vigencia de la Carta de 1978. En este sentido, es común que las opiniones se encasillen en dos grupos: la de los partidarios de la despenalización del aborto y la de quienes postulan mantener el sistema incriminatorio tradicional. Esta distinción, en nuestro concepto, es errónea, porque, enmarcados como estamos dentro del terreno jurídico, debe reconocerse que desde el ámbito del derecho no ha surgido ninguna opinión que postule sin más la total impunidad del aborto. Por el contrario, todos los penalistas coinciden, como es obvio, en que el hecho de dar muerte al producto de la concepción es algo ilícito y en que al menos las formas más graves de aborto, como aquél que se causa con violencia, deben castigarse penalmente.

Sin embargo, partiendo de la base de que el aborto es un hecho ilícito, el punto que realmente suscita discrepancias es la posibilidad de establecer causales de justificación, es decir, circunstancias que transformen en lícita esa conducta generalmente ilícita; y, en caso de ser ello procedente, en la mayor o menor amplitud de las causales de justificación admisibles. Al respecto, las opiniones van desde la negativa a aceptar cualquier causal de justificación, hasta su plena admisibilidad. En este último caso, los criterios suelen dividirse entre el de quienes se pronuncian a favor del llamado *sistema del plazo* (todo aborto es permitido cuando se realiza dentro de determinado lapso, generalmente hasta la décimosegunda semana de embarazo, con la sola exigencia de que lo ejecute un facultativo y en un centro hospitalario adecuado) y el de quienes se adscriben al sistema llamado *de las indicaciones* (la licitud del aborto depende de que exista un motivo que lo justifique: indicación terapéutica, cuando haya riesgo para la vida o la salud de la madre; indicación ética, cuando el embarazo sea la consecuencia de un delito; indicación eugenésica, cuando exista la evidencia de que el hijo nacerá con graves taras psíquicas o físicas; e indicación económico-social cuando el nacimiento del

hijo esté destinado a agravar la situación económico-familiar de su madre).⁵

No siendo correcto plantear la disyuntiva entre abolicionistas y conservadores, estimamos que la distinción que corresponde efectuar es entre quienes postulan la identificación de la persona nacida y de la no nacida frente al derecho penal y quienes plantean una diversidad de trato jurídico. En otras palabras, mientras para unos el homicidio y el aborto deben quedar sometidos al mismo régimen en cuanto a las causales de justificación admisibles, porque la Constitución reconoce el derecho a la vida tanto al que ha nacido como al que está por nacer; para otros es posible que respecto del aborto el legislador contemple más causales de justificación que para el caso del homicidio, porque la persona nacida y la no nacida están sometidas a un estatuto diverso desde el punto de vista constitucional. Con fines meramente ilustrativos, de aquí en adelante hablaremos de *partidarios de la equiparación* y de *partidarios de un trato diferenciado*.

En España, casi está de más decirlo, es mayoritaria la opinión de quienes postulan el trato diferenciado; incluso históricamente es el criterio que ha contado con más adeptos en aquel país. Recordemos, por ejemplo, que el ilustre comentarista Joaquín Francisco Pacheco, que tanta importancia tuvo en la génesis de nuestro Código Penal, ya en el siglo pasado escribía: "Entre el feto, que aún no nació, y el niño que ha respirado y abierto los ojos, encontrará siempre el buen sentido un abismo de diferencia. La medicina y la teología, que se han ocupado mucho de averiguar el punto en que los fetos comienzan a vivir, dirán lo que quieran sobre el particular: la mera razón, la conciencia del género humano, que es sólo lo que debe inspirar en primer término las leyes, dirá constantemente que no es lo mismo un ser que existe por sí, a la luz del día, a la faz de la sociedad, de un modo real, positivo, incuestionable, que otro ser que existe como accesorio, de una manera oculta, sin que haya tomado, por decirlo así, posesión, ni entrado en el goce de su existencia".⁶

Durante el presente siglo, tal vez influida por las circunstancias políticas y hasta religiosas que vivió España durante más de tres décadas, la tesis del trato diferenciado contó con el favor de penalistas tan ilustres

⁵ GIMBERNAT, *Por un aborto libre*, p. 32 ss; RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida*, p. 70 ss; Susana HUERTA TOCHDO, *Criterios para la reforma*, p. 16 ss.

⁶ PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, p. 41.

como Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa y Muñoz Conde⁷; y a partir de la entrada en vigencia de la Carta de 1978, han fundado en ella su posición favorable a la diversidad de trato, los profesores Susana Huerta Tocildo, Mir Puig, Rodríguez Mourullo, Gimbernat, Arroyo Zapatero, Cerezo Mir y Landrove Díaz⁸. En contra de la tesis dominante y apoyado en el mismo texto constitucional, se ha manifestado el profesor de la Universidad Complutense Narciso Martínez Morán.⁹

La argumentación de quienes se pronuncian por la diversidad de trato a la luz de la Constitución española de 1978, aunque presenta matices más o menos marcados, en sus líneas generales es bastante homogénea. Veamos cuáles son esos argumentos:

1. Como punto de partida para una aproximación a la exégesis constitucional, se afirma que el criterio de la igualdad de valor entre la vida de un nacido y la de un no nacido es "de todo punto insostenible, pues la historia de las ideas filosóficas y religiosas, y tanto en el derecho histórico como en el vigente, la constante que predomina es la valoración diferenciada de la vida humana en formación y de la vida de los nacidos"¹⁰. Siguiendo el mismo razonamiento, algunos agregan que la plena equiparación iría contra la propia naturaleza de las cosas y, por tanto, una regulación jurídica que consagrara semejante equivalencia resultaría a la postre falsa y arbitraria.¹¹

2. En segundo lugar, acudiendo al principio de subsidiaridad del derecho penal, comúnmente expresado bajo la fórmula de que éste es la última *ratio*, se sostiene que aun cuando la Constitución consagre determinado derecho, ello no autoriza a afirmar que éste deba necesariamente ser protegido a través de la tipificación de un delito, sobre todo si se cuenta con

⁷ ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto*, p. 64.

⁸ MIR PUIG, *Presentación*, p. 3 ss. y *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, p. 101 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida*, p. 63 ss.; Susana HUERTA TOCILDO, *Criterios*, p. 9 ss.; GIMBERNAT, *Por un aborto libre*, p. 31 ss.; ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto*, p. 195 ss.; CEREZO MIR, *Interrupción*, p. 113 ss.; LANDROVE DIAZ, *Un proyecto regresivo*, p. 133 ss.

⁹ MARTINEZ MORAN, *El derecho a la vida*, p. 133 ss.

¹⁰ ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto*, p. 202.

¹¹ RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida*, p. 69.

otros medios jurídicos, e incluso sociales, para evitar las conductas que lo vulneran¹². Desarrollando esta idea, se suele decir que siendo el aborto un hecho ilícito, es explicable que las formas más graves de ataque en contra de la vida del que está por nacer sean elevadas a la categoría de delito; sin embargo, el castigo en sede penal de toda forma de aborto implicaría desconocer el principio de subsidiaridad del derecho penal, que la propia Constitución española hace suyo al proclamar su adscripción a un modelo de estado que ella misma caracteriza como social y democrático.

3. Entrando ya en el campo interpretativo, se afirma que lo que la Carta Fundamental garantiza a las personas nacidas es el derecho a la vida, pero que respecto de las personas que están por nacer, lo garantizado es simplemente una esperanza de vida -la *spes vitae*- como dicen algunos, o una vida humana en formación, en el decir de otros¹³. Esta esperanza de vida o vida humana en formación es concebida como un bien jurídico perteneciente a la comunidad y no como un bien jurídico individual, de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer.

4. Propuesta de ese modo la configuración y la titularidad del bien jurídico "vida del que está por nacer", al suscitarse el problema de la jerarquización de los bienes que entran en pugna para resolver sobre la eventual concurrencia de una causal de justificación, el conflicto no se plantea entre dos bienes pertenecientes a personas humanas individualmente consideradas, sino que entre un bien jurídico que se fundamenta directamente en derechos que la Constitución garantiza -la vida, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad de la madre- y un bien jurídico que no se fundamenta de modo directo en un derecho reconocido a un individuo determinado¹⁴. Por este motivo, de tener que optar entre cualquier bien que la Constitución, bajo la forma de un derecho, garantiza directamente a la madre y el bien "vida del que está por nacer", que no es un derecho reconocido a una persona concreta, sino que un interés que pertenece a la sociedad, debe preferirse el primero y, con esto, queda abierta la posibilidad de que la ley establezca causales de justificación basadas en la preponderancia de los derechos de la mujer.

¹² BUSTOS, *Bases críticas*, p. 85 s.

¹³ HUERTA TOCILDO, Susana, *Prohibición del aborto*, p. 209 ss.

¹⁴ ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto*, p. 74 ss.

El criterio expuesto aparece ratificado por un fallo de la Corte Constitucional de España, de fecha 11 de abril de 1985, el cual niega al embrión humano la calidad de titular de derechos y postula que su vida es un valor o bien colectivo, cuya protección interesa a toda la comunidad.¹⁵

5. Como complemento al raciocinio anterior, se afirma que, ante un eventual conflicto de intereses, el hecho de preferir aquellos que pertenecen a la madre, es una forma de concretar la exigencia de respeto a su dignidad humana que la propia Constitución impone.¹⁶

6. Enseguida, suele afirmarse que una interpretación teleológica de las normas constitucionales obliga a considerar el lugar que ocupa el artículo 15 -que consagra el derecho a la vida- dentro de la estructura de la Carta de 1978¹⁷. Esta disposición figura dentro de un capítulo cuyo epígrafe reza: "De los derechos y deberes fundamentales", y que comienza advirtiendo que lo que en él se regula son la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes. De allí que el artículo 15 no puede referirse sino a un individuo que hubiere sobrevivido al parto, pues la tradición civilística, que la Constitución española en ningún caso modifica, exige ese requisito para el reconocimiento de la existencia legal.

7. Finalmente se arguye que el derecho a la vida no es absoluto, como lo prueba el hecho de que la propia Constitución permita, aunque excepcionalmente, la aplicación de la pena de muerte, tornándose en lícita la conducta típica homicida que ejecuta la persona encargada de aplicar esa sanción. Por esto, si aun en desmedro de la vida de una persona nacida puede establecer la ley causales de justificación, no se divisa qué razón podría impedir que igual procedimiento se adoptara respecto de la vida humana en formación, y no habiendo señalado la Constitución ningún límite sobre este punto, el legislador estaría facultado para crear esas causales, las cuales, además, podrían ser más amplias que aquellas que la ley ha previsto para el delito de homicidio.

Si de ser objetivos se trata, forzoso es reconocer que los argumentos que hemos tratado de reseñar guardan perfecta armonía con el texto de la

¹⁵ ZAPATA LARRAIN, *Persona y embrión humano*, p. 380.

¹⁶ MIR PUIG, *Aborto, estado de necesidad y constitución*, p. 109 s.

¹⁷ GIMBERNAT, *Constitución y aborto*, p. 84.

Constitución española de 1978. Recordemos que su artículo 15 se limita a proclamar que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral", utilizando una fórmula extremadamente vaga -"todos tienen derecho"¹⁸- para referirse al titular de aquella garantía y sin que el precepto contenga alusión alguna al que está por nacer. Sobre esta base, no resulta forzada la distinción que hace la doctrina entre vida propiamente tal y vida humana en formación o esperanza de vida, como tampoco parece existir inconveniente para sostener, cual lo hace la mayor parte de la doctrina, que en España la Constitución no concibe al *nasciturus* como titular de un verdadero derecho a la vida. La tesis del trato diferenciado, en consecuencia, parece tener asidero en el propio tenor de las normas constitucionales.

V. EL DERECHO A LA VIDA EN LA CONSTITUCION CHILENA DE 1980

La fórmula que utiliza la Constitución chilena para consagrar el derecho a la vida, deja muy en claro, en nuestro concepto, que aquélla optó por la tesis de la equiparación entre la persona nacida y la no nacida.

En la historia del establecimiento de la norma constitucional, en realidad, no encontramos un pronunciamiento categórico en el sentido recién señalado, pues al someterse a discusión este punto en la comisión encargada de redactar la nueva Constitución, la polémica, desgraciadamente, sólo giró en torno a si era conveniente que la propia Constitución estableciera una condenación categórica al aborto, como lo proponía el profesor Jaime Guzmán, o si era preferible que la protección de la vida del que está por nacer quedara reservada de modo exclusivo al legislador, como lo postulaba una mayoría integrada por los profesores Silva Bascuñán, Ovalle y Ortúzar, que fue el criterio que en definitiva primó. Sin embargo, aunque la discusión no se planteó en términos de decidir sobre la admisibilidad de causales de justificación, sin lugar a dudas, la mayor parte de los integrantes de dicha comisión y del Consejo de Estado que más adelante revisó el proyecto, era proclive a la tesis de la equiparación.¹⁹

¹⁸ La fórmula utilizada surgió como una solución de compromiso, para salvar las divergencias entre los partidarios de la equiparación y los del trato diferenciado en la etapa de discusión parlamentaria que precedió a la aprobación del precepto constitucional. Cfr. RODRIGUEZ MOURILLO, *Derecho a la vida*, p. 66 ss.

¹⁹ Así queda de manifiesto al leer, especialmente, las actas de las sesiones N° 87, de 14 de noviembre de 1974, y N° 90, de 25 de noviembre del mismo año, de la

Con todo, es el propio texto de la Carta Fundamental, al margen de lo que hayan querido decir sus redactores, el que ofrece argumentos incuestionables en pro de su adscripción al criterio de la igualdad de tratamiento, como veremos a continuación:

1. El artículo 19 N° 1 de la Constitución chilena, a diferencia de su congénere española, reconoce expresamente el derecho a la vida al individuo que está por nacer. Recordemos que esta disposición asegura a todas las personas "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica", para declarar enseguida que "la ley protege la vida del que está por nacer".

La norma referida libera al intérprete de tener que recurrir a textos extraconstitucionales para dilucidar si el no nacido queda considerado entre aquellos individuos a quienes se reconoce el derecho a la vida, porque aun cuando se estimara que el inciso primero del artículo 19 N° 1 se refiere exclusivamente a las personas nacidas, el inciso segundo despeja cualquier duda al mencionar de modo expreso al *nasciturus*. Más aún, como el artículo que comentamos tiene por objeto reconocer derechos, aquella mención no puede tener otro propósito que no sea el de reconocer al no nacido la calidad de titular de los derechos que la misma norma consagra. En consecuencia, aun antes del parto, el ser humano es titular de un derecho a la vida.

2. La disposición del artículo 19 N° 1, sin embargo, no sólo tiene la virtud de reconocer al no nacido el derecho a la vida, sino que además le atribuye directamente la calidad jurídica de persona²⁰. Recordemos que aquel artículo comienza diciendo que su propósito es reconocer ciertos derechos a las personas, de modo que quienes figuran como beneficiarios de los mismos, no pueden tener otra calidad que no sea la de tales.

3. Es cierto que el artículo 19 N° 1 reconoce a las personas el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica, y que al referirse al que está por nacer sólo alude al primero. Sin embargo, nadie podría sostener que respecto del individuo que está por nacer la protección no se extiende también a la integridad física y psíquica, porque tal cosa iría contra la disposición del artículo 1º, el cual reconoce que todos los seres humanos son iguales en dignidad y, muy especialmente, en contra del artículo 5º inciso segundo, en cuanto dispone que el ejercicio de la soberanía reconoce

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

²⁰ En el mismo sentido, ZAPATA LARRAIN, *Persona y embrión humano*, p. 382.

como limitación el respeto a los derechos esenciales que fluyen de la naturaleza humana. De allí que si la propia Constitución asigna a la persona no nacida la condición de ser humano, forzoso es concluir que también le reconoce la totalidad de sus derechos esenciales, entre los cuales obviamente se cuentan la integridad física y psíquica.

La circunstancia de que se haya reconocido al ser humano en gestación la calidad de titular de derechos, y específicamente del derecho a la vida, guarda relación con el sentido que este último tiene en una constitución de corte democrático. En efecto, la noción de vida, en cuanto objeto de tutela constitucional, debe ser entendida en un sentido estrictamente natural, vale decir, biológico; de modo que existe vida mientras, de acuerdo con un criterio naturalístico, haya un ser dotado de existencia individual. Los principios biológicos enseñan que la vida humana es un proceso constante e ininterrumpido de desarrollo, que se extiende desde el momento mismo de la fecundación hasta la muerte. De allí que aunque la Constitución hubiera omitido referirse al individuo que está por nacer, éste de todos modos hubiera resultado favorecido por el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, porque a tal conclusión habría conducido una interpretación del término persona efectuada sobre la base de principios científico-naturales.

Contrariamente a lo que suele afirmarse, la solución que propone la Carta Fundamental guarda relación también con el criterio que tradicionalmente ha hecho suyo el derecho privado. Así queda de manifiesto del propio concepto de persona que ofrece el Código Civil chileno, al definirla como cualquier individuo "de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición".

"Cuando el mismo Código Civil dispone que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre", debe entenderse que está regulando pura y simplemente el inicio legal de los derechos civiles que regla este Código y no afecta a los derechos naturales de la persona-embrión. Similar situación se producía en el pasado al contemplar dicho texto la muerte civil (artículos 95, 96 y 97, todos derogados en 1943). La muerte civil era una verdadera ficción del legislador... [y] a nadie se le ocurrió sostener, entonces, que por este hecho el sujeto civilmente muerto había perdido -además de su capacidad en el ámbito civil- todos sus derechos como persona ante el derecho chileno".²¹

²¹ ZAPATA LARRAIN, *Persona y embrión humano*, p. 385 s.

Demostrado que la Constitución chilena opta por la tesis de la equiparación entre la persona nacida y la no nacida, y que a ésta le atribuye la calidad de titular, entre otros, del derecho a la vida, no resulta posible sostener en Chile una diferenciación entre vida propiamente tal y esperanza de vida, que es la base sobre la cual se estructura la opinión de quienes postulan un trato diferenciado entre aborto y homicidio, en lo que concierne a la admisibilidad de causales de justificación.

VI. EL CONCEPTO DE DIGNIDAD PERSONAL EN LA CONSTITUCION CHILENA DE 1980

Otro punto que reviste extraordinario interés para resolver los problemas de constitucionalidad que plantea la figura de aborto, es el reconocimiento que el artículo primero efectúa sobre el valor de la dignidad del ser humano.

Muy difícil de aprehender en su significación jurídica es el concepto de dignidad personal, sobre todo porque el desarrollo que de él han hecho los grandes pensadores de todas las épocas, se orienta fundamentalmente en una perspectiva filosófica o en un sentido teológico. Incluso el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española no consigna, entre las diversas acepciones que atribuye al término dignidad, ninguna que sirva a los fines de una exégesis de las normas constitucionales que dan cuenta de aquel concepto.

Procurando enmarcarse en el terreno estrictamente jurídico, Ruiz-Giménez ha precisado que por dignidad personal debe entenderse "la diferenciación cualitativa entre el ser humano y las demás realidades con las que coexiste y se vincula; su preeminencia respecto a la materia inerte, e, incluso a los seres animados, con vida, pero carentes de entendimiento y razón, de libertad y de capacidad creadora; y su condición de fin en sí mismo y no de objeto o instrumento de ningún otro ser humano o grupo social".²²

El concepto de dignidad personal es, en el campo del derecho, inseparable de la idea de valor, es decir, lo que uno vale en tanto ser humano. Así lo reconoce, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto proclama la fe de los pueblos en "la dignidad y el valor de la persona humana" y en cuanto establece enseguida, en su artículo 1º, que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". La asimilación que efectúa dicho texto entre los conceptos de

²² RUIZ-GIMENEZ, *Derechos fundamentales*, p. 112.

valor y dignidad reviste enorme importancia para la interpretación del artículo 1º de la Constitución de 1980, porque éste se limita a repetir casi literalmente, y en forma por demás deliberada, la proclamación que contiene la Declaración de las Naciones Unidas.²³

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha declarado que "el artículo 1º de la Carta Fundamental, es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional".²⁴

Tomando como base el criterio recién expresado, la garantía de igualdad ante la ley que consagra el artículo 19 Nº 2 debe entenderse referida, primordialmente, a la dignidad de las personas, en el sentido de que no podría atribuirse a una vida mayor valor que a otra; y si el legislador incurriera en semejante desacierto, se estaría vulnerando el inciso segundo de este mismo precepto, el cual dispone que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Considerando el sentido que aquí hemos destacado sobre el concepto de dignidad de la persona, el legislador penal tiene como límite la obligación de considerar la vida como el valor supremo entre todos los bienes jurídicos que tiene por misión proteger, estándole impedido, al mismo tiempo, ante un eventual conflicto de intereses, hacer primar otro bien jurídico sobre el interés vida.

Las consecuencias que trae consigo el reconocimiento del valor de la dignidad personal y su concreción en la garantía de igualdad ante la ley, alcanzan al ser humano en gestación, justamente porque la propia Constitución le reconoce la calidad de persona y porque la dignidad humana, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional de Alemania, es independiente de la edad, de la capacidad intelectual y del estado de conciencia del sujeto, y por esto también corresponde al que está por nacer.²⁵

VII. CONCLUSIONES

Veamos cuáles son las respuestas que surgen frente a las interrogantes inicialmente planteadas:

²³ CEA EGAÑA, *Tratado* p. 186.

²⁴ Sentencia de 13 de septiembre de 1983, en BLANC, NOGUEIRA, PFEFFER, VERDUGO, *La Constitución Chilena*, P. 28 s.

²⁵ RIOS, Lautaro, *La dignidad de la persona*, p. 7.

1. Desde luego, y situados en un terreno que linda en la utopía, el legislador no está facultado para dictar una ley que simplemente elimine el aborto del catálogo de delitos, como tampoco podría hacerlo con el homicidio, pues al proceder de ese modo estaría desconociendo el sitio que a la vida corresponde, como valor supremo entre todos los bienes jurídicos, y con ello estaría atentando en contra de las normas constitucionales que reconocen el concepto de dignidad personal. Asimismo, una hipotética despenalización del aborto, en caso de mantenerse la incriminación del homicidio, atentaría en contra de la garantía de igualdad contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución vigente.

2. Puesto que la Constitución equipara a la persona nacida y al ser humano en gestación, en tanto que titulares del derecho a la vida, y como éste no es absoluto, tal cual la propia Constitución lo reconoce al permitir la pena de muerte, en principio no existe inconveniente para que respecto del aborto, al igual que del homicidio, la ley contemple causales de justificación. Más aún, postular la improcedencia de establecer cualquier causal de justificación para el delito de aborto, manteniendo las que actualmente la ley contempla para el homicidio, significa, ni más ni menos, atribuir mayor valor a la vida en gestación que a la vida del ser humano nacido.

3. Sin embargo, no podría establecerse como causal de justificación, declarando en consecuencia lícito el aborto, el simple hecho de que la conducta se ejecute dentro de un determinado período, por ejemplo, dentro de las doce primeras semanas del embarazo, como proponen algunos, porque si la Constitución asegura el derecho a la vida a todo el que está por nacer, sin formular distinciones, la solución del plazo atentaría también en contra del principio de igualdad constitucionalmente garantizado.

4. Puesto que las causales de justificación implican reconocer primacía a un interés en desmedro de otro, y como la vida es el valor supremo que conviene al concepto de dignidad personal, no podría la ley conceder efecto eximitorio a las indicaciones llamadas eugenésica, ética y económico-social, porque en todas ellas se hace primar por sobre la vida, otros bienes menos valiosos que ésta.

5. La única posible eximente en la que no se presenta el impedimento recién enunciado, es la situación conocida como aborto terapéutico. Si el conflicto de intereses se plantea entre la vida de la madre y la vida del individuo en gestación, no existe obstáculo de índole jurídica para que la ley establezca o, para ser más exactos, reponga, dicha causal de justifica-

ción. Sin embargo, por lo infrecuentes que según la ciencia médica son las situaciones de verdadero aborto terapéutico, y por el peligro que existe de que bajo esa apariencia se encubran propósitos eugenésicos, no somos partidarios de establecer con carácter general la licitud de aquella indicación. Preferimos, en cambio, que subsista la situación actual, esto es, la ausencia de regulación específica, porque en estas circunstancias los casos en que se actúa para salvar la vida de la madre, pueden llegar a tener efecto eximitorio, no en razón de su eventual licitud, sino en virtud de la falta de culpabilidad, por no ser exigible una conducta diversa.

6. La figura de aborto *honoris causa* que contempla el artículo 64 inciso segundo del Código Penal, en cuanto subordina la existencia de una persona al bien jurídico honor, vulnera el derecho a la vida que el artículo 19 N° 1 asegura al ser humano en gestación y también infringe la disposición del artículo 1° de la Constitución, que proclama la dignidad de todo individuo. Dicha figura es, por lo tanto, inconstitucional, pudiendo cualquier tribunal negarle validez jurídica en los casos sometidos a su conocimiento.

7. La falta de un precepto que sancione el aborto culposo y las lesiones causadas al *nasciturus*, es una omisión que vulnera el resguardo que la Carta Fundamental pretende otorgar a la persona no nacida. Sin embargo, dada la consagración constitucional del principio de reserva o legalidad, no puede esa omisión ser suplida por la vía judicial. Sólo cabe esperar, en consecuencia, que el legislador haga realidad aquel propósito claramente manifestado en la Constitución.

BIBLIOGRAFIA

1. ARROYO ZAPATERO, Luis, *Prohibición del aborto y constitución*, en Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense, N° 3 monográfico 1980.
2. BARBERO SANTOS, Marino, *Pena capital y estado democrático*, en El Poder Penal del Estado, libro de homenaje a Hilde Kaufmann (Edit. Depalma, Buenos Aires, 1985).
3. BERISTAIN, Antonio, *Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas*, en La Despenalización del Aborto (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
4. BUENO ARUS, Francisco, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, en Revista Doctrina Penal, año 1979, p. 822 ss.
5. BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal* (Edit. Temis, Bogotá, 1982).

6. CARRASCO, Sergio, *La garantía constitucional a la vida del que está por nacer*, XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988.
7. CEA EGANA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, (Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1988).
8. CEREZO MIR, José, *Interrupción voluntaria del embarazo*, en *La Despenalización del Aborto* (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
9. GIMBERNAT, Enrique, *Por un aborto libre*, en *La Despenalización del Aborto* (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
10. GIMBERNAT, Enrique, *Constitución y aborto*, en *La Despenalización del aborto* (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
11. HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Política penal en el estado democrático*, en *El Poder Penal del Estado*, libro de homenaje a Hilde Kaufmann (Edit. Depalma, Buenos Aires, 1985).
12. HUERTA TOCILDO, Susana, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, en *La Despenalización del Aborto* (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
13. LANDROVE DIAZ, Gerardo, *Un proyecto regresivo en tema de aborto*, en *La Despenalización del Aborto* (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
14. MARTINEZ MORAN, Narciso, *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en derecho comparado*, en *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, N^o 2 monográfico, 1979.
15. MIR PUIG, Santiago, *Aborto, estado de necesidad y constitución*, en *La Despenalización del Aborto* (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
16. MIR PUIG, Santiago, *Presentación de la obra*, en *La Despenalización del Aborto*. (Edit. Universidad Autónoma de Barcelona, 1983).
17. MOHOR ABUACAD, Salvador, *La protección de la vida del que está por nacer en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Público* N^o 39-40, Santiago, enero-diciembre 1986.
18. MOHOR ABUACAD, Salvador, *Consideraciones jurídicas y metajurídicas en torno a una eventual despenalización del aborto en Chile a la luz de la nueva Constitución*, en *Revista de Legislación y Documentación en Derecho y Ciencias Sociales*, año X N^o 1, Santiago, enero-junio, 1988.
19. PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*. T. III 4^a Ed. (Imp. Manuel Tello, Madrid, 1870).

20. RAMOS MEJIAS, Enrique, *Desincriminación, despenalización y desjudicialización*, en *El Poder Penal del Estado*, libro de homenaje a Hilde Kaufmann (Edit. Depalma, Buenos Aires, 1985).
21. RIOS, Lautaro, *La dignidad de la persona*, en *Gaceta Jurídica*, Nº 47, p. 6.
22. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I, Derecho Penal y Constitución (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982).
23. RUIZ-GIMENEZ. CORTES, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona*, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo II, Constitución Española de 1978 (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984).
24. VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis. *Estudio sobre el artículo 1º de la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, p. 386 ss.
25. VIVES ANTON, Tomás S., *Estado de derecho y derecho penal*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I, Derecho Penal y Constitución (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982).
26. ZAPATA LARRAIN, Patricio, *Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, vol. XV Nº 2-3, Santiago, mayo-diciembre, 1988.