

Borrador para discusión

NOTAS EN TORNO AL TRATAMIENTO DEL ABORTO CONSENTIDO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA*

EDUARDO A. CHIA (†)

Resumen: 1.- Se exploran elementos comunes a las sentencias sobre aborto de las Cortes Constitucionales de Alemania, Colombia, España, EE.UU. y México que permitan verificar cuál ha sido la respuesta que la jurisprudencia constitucional comparada ha formulado a las siguientes problemáticas: I) rol del Estado en la protección de la vida humana potencial); II) criterios de hermenéutica y argumentación constitucional utilizados; III) titularidad para ejercer derechos constitucionales por parte del nonato; IV) necesidad de recurrir al Derecho Penal en cuanto mecanismo de tutela del no nacido y valoración de las propuestas de despenalización. 2.- Se examina, secundaria y sintéticamente, la interrelación diferenciadora entre uno y otro pronunciamiento, concentrándose el estudio en las argumentaciones simbólicas de los criterios disímiles.

Palabras claves: Aborto – Derechos Fundamentales – Nasciturus – Derecho Comparado

Abstract: 1.– Common elements are examined in the pronouncements on abortion of Constitutional Courts of Germany, Colombia, Spain, U.S. and Mexico which allows us to verify what has been the answer that compared constitutional case law has formulated to the following problematics: I) duties of the State in the protection of potential human life; II) criteria of used hermeneutics and constitutional argumentation; III) entitlement to exert constitutional rights on behalf of the unborn; IV) necessity to resort to the Criminal Law in relation to the mechanism of trusteeship of the unborn and evaluation of the decriminalization proposals. 2. - Secondly and synthetically, the differentiating interrelations between both pronouncements are examined, concentrating the study in the symbolic argumentations of the dissimilar criteria.

Key words: Abortion – Fundamental Rights – Nasciturus – Comparative Law

§ CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Si existe una temática de mayor discordia y antagonismo en nuestro medio (aunque es un fenómeno general¹), sin duda que se desarrolla en torno a los juicios y valoraciones

(†) Egresado de Derecho. Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. Ayudante de Derecho Constitucional y Derecho Penal. Cualquier comentario se agradece dirigirlo al siguiente correo: eduardo.chia@gmail.com. Se agradece los materiales y orientaciones propiciadas por el Profesor Tomás Vial Solar y las sugerencias efectuadas por el Profesor Rodolfo Figueroa García-Huidobro. Desde luego que las omisiones y errores son de mi exclusiva responsabilidad.

(*) Una versión previa y modificada de esta ponencia fue presentada en el IV Congreso de Derecho y Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Santiago, agosto de 2009).

Borrador para discusión

otorgados al hecho de legalizar la práctica del aborto consentido² (en adelante aborto). En particular, la discusión bastante polarizada e ideologizada, parece transcurrir en torno al rol simbólico subyacente a las argumentaciones vertidas por sus partidarios y detractores: argumentos sobre una aparente titularidad para el ejercicio en forma absoluta del derecho a la vida por parte del pre-embrión/embrión/feto (*pro-life*) y argumentos sobre la libertad y autodeterminación de la mujer para elegir y decidir en cuanto al futuro de su embarazo (*pro-choice*). Incluso, esta discordia irreconciliable es posible extrapolarla a las evidentes consideraciones morales de corte cristiano-religiosas y políticas conservadoras respecto de quienes argumentan *pro-life* y una identificación con sectores políticos progresistas y partidarios de un Estado liberal-laico entre quienes argumentan *pro-choice*³.

Más allá de esta realidad divergente en el debate, la amplitud con que se puede analizar y discutir este asunto es de sumo amplia y controvertida; sus vertientes pueden ser ya éticas, jurídicas, sociológicas, médicas, económicas e incluso hasta políticas. Por cierto, no es mi intención entrar en estas áridas e interminables discusiones donde los argumentos son múltiples y contundentes, pero sin embargo, como se ha logrado advertir, el consenso (y la intención de llegar a él) es escaso.

Por otro lado, no debemos dejar de considerar que la mayor parte de las discusiones—ya sean normativas y/o consecuencialistas— en torno a esta temática parecen obviar que — independiente de sus quebraderos y cavilaciones— el aborto es una realidad que acontece en forma frecuente y no en condiciones óptimas y deseables⁴.

¹ De hecho, en lo que respecta a la discusión acaecida en los Estados Unidos, RONALD DWORKIN apunta: “ninguna decisión judicial en nuestros días (refiriéndose a *Roe v. Wade*) ha suscitado tanta indignación, excitación y violencia física por parte del público, o tanta intemperante crítica profesional”. DWORKIN (1989): 49. (destacado del autor).

² Por cierto, no descartando otras problemáticas con claras consecuencias éticas. Tal sería el caso de la posible institucionalización de matrimonios entre personas del mismo sexo, la posibilidad de que gays y lesbianas puedan adoptar niños, o inclusive, consideraciones morales acerca de la legalización de la eutanasia, la procreación asistida, el perjuicio de nacer, la experimentación científica con embriones, entre otras.

³ Que además son representaciones de los conflictos sobre el rol estereotípico de las mujeres en la sociedad, el controversial *status* de los valores ‘tradicionales’ y ‘familiares’, y la posición e injerencia que ocupa la religión en un Estado democrático laico.

En otro orden de ideas, los términos utilizados para identificar las ideologías de los activistas *pro-life* es inidónea y conceptualmente distorsionada, puesto que atribuye en forma monopólica a tal grupo la defensa de la vida, haciendo ver a sus detractores como contrarios a ella. Tal supuesto es absolutamente incorrecto y falso. En principio, ningún ser racional al día de hoy podría sostener una ideología atentatoria o contraria a la vida.

⁴ Mundialmente, se estima que 42 millones de embarazos son interrumpidos en forma voluntaria cada año (115 mil por día). De esa cifra, 22 millones son efectuados bajo sistemas legales en escenarios óptimos y

Borrador para discusión

Nos guste o no creerlo, su práctica se efectúa habitualmente en forma clandestina⁵. De hecho, uno de los factores que explican las tasas de mortalidad materna en Chile se atribuyen fundamentalmente a la *praxis* de abortos en entornos indeseables de asepsia^{6,7} (lo que, para algunos autores, va en directa relación con la ilegalidad del aborto y su alta punibilidad⁸), afectándose de esa forma el derecho a la vida, libertad, integridad y salud de las mujeres. A esto debemos agregar el considerable factor de inequidad social inherente a la realización de abortos en condiciones de clandestinidad e inseguridad, toda vez que las circunstancias de información, educación (reproductiva) y de acceso a bienes materiales y financieros no son homogéneos en la población chilena; convirtiéndose, lamentablemente, el acceso al aborto seguro en una cuestión de poder adquisitivo y distinción entre clases sociales.

A estas consecuencias sociológicas, ya en el plano de la política jurídica, se debe agregar que nuestro orden jurídico, hoy por hoy, es dueño de una de las legislaciones más restrictivas del mundo en torno a la práctica del aborto⁹, con una punibilidad para los

adecuados de higiene y seguridad (en general países de altos ingresos y desarrollo). Los otros 20 millones son realizados en la clandestinidad e inseguridad (55 mil por día) en países de ingresos medios y bajos. *vid.* W.H.O (2007). [Datos estimados y aproximados al año 2003].

⁵ Dada la alta dificultad para contar con números y cifras exactas que reflejen la magnitud total de la práctica de abortos en los países donde éste es ilegal, las estadísticas y datos empíricos que se manejan son en base a estimaciones (No por ello menos científicas y rigurosas). En este contexto, se calcula que la tasa de abortos inducidos en Chile es de 50 por cada mil mujeres en edad fértil (15 a 44 años). Muy por sobre la media de América Latina donde la tasa es de 37 abortos inducidos por cada mil mujeres en edad fértil. BARZELATTO & FAÚNDES (2007): 51

⁶ “El aborto sigue ocupando el primer lugar entre el grupo de causas de muerte materna con una tasa de 31 por 100 mil nacidos vivos” Boletín Escuela de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile N° 23 (1994): 10 – 14.

⁷ La penalización excesiva del aborto contribuye a que éste no sea seguro para las mujeres por tres razones esenciales: 1) métodos abortivos inseguros y antihigiénicos; 2) ausencia de responsabilidad médica de quienes lo practican clandestinamente; y 3) porque desalienta la atención médica post-aborto ante el temor de la persecución penal.

⁸ En lo relativo a la interrelación entre las legislaciones restrictivas en materia de aborto, los abortos realizados en condiciones de clandestinidad y, el riesgo para la vida de las mujeres, el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. ha señalado en su observación general N° 28 que: “*La penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo en peligro sus vidas (...) El Estado Parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo (...) El Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto*”. *Cfr.* Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, (2000).

⁹ Junto a la ciudad estado del Vaticano, El Salvador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Andorra y Malta, constituyendo el 0,4% de la población mundial.

Borrador para discusión

partícipes del ilícito que difícilmente pueda explicarse mediante las modernas interpretaciones de las teorías justificadoras del castigo penal, siendo apremiante una revisión de la eficacia y fin que estaría desempeñando la pena estatal en lo concerniente a la gravosa punibilidad de las acciones relativas al aborto¹⁰.

Por otra parte, cabe agregar que organizaciones internacionales de Derechos Humanos ya han advertido a Chile para que se focalice en regular y permitir el acceso al aborto para las mujeres¹¹. Observaciones y recomendaciones que vienen de organismos internacionales encargados de supervisar y vigilar el cumplimiento de los Tratados que versan sobre Derechos Humanos, los que por supuesto Chile ha ratificado, están vigentes en nuestro ordenamiento y, como es lógico, implican la adquisición de obligaciones internacionales con las consecuentes responsabilidades en caso de su incumplimiento.

Así, entonces, corroborado el panorama actual de la cuestión controvertida, abstrayéndome de la discusión idealizada e ideologizada y tomando especialmente en cuenta la realidad fáctica del aborto en nuestro medio, en las líneas que siguen pasaré a exponer una recopilación sistemática de datos en torno a los criterios de jurisprudencia constitucional que se han observado en otras legislaciones para dar solución a controversias suscitadas en relación al aborto. En concreto, los pronunciamientos jurisdiccionales de las Cortes Constitucionales de Alemania¹², Colombia¹³, Estados Unidos¹⁴, España¹⁵ y México¹⁶

¹⁰ Que también se traduce en una imposición estatal coercitiva del embarazo, forzando de esta manera la realización de abortos clandestinos con todos los riesgos que ello implica. En similar sentido ALFONSO RUIZ MIGUEL, quien sostiene que “(la penalización del aborto) implica conceder al Estado el privilegio exclusivo de decidir sobre un asunto moral y atentar contra los derechos de las mujeres para imponerles *su* criterio”. RUIZ MIGUEL (2003): 248. (paréntesis del autor).

¹¹ En relación al Estado de Chile: “*Al Comité le preocupan las consecuencias para la salud de la mujer de la prohibición legal del aborto, sin excepciones, en el Estado Parte. Aunque no hay estadísticas oficiales del número de abortos que se practican anualmente, el gran número de mujeres que se hospitalizan por complicaciones de abortos cada año (34.479 en 2001) da una indicación de la amplitud del problema*”. cfr. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe, U.N. Doc. E/C. 12/1/Add. 105, párrafo 25, (1989 – 2004).

“*El Comité recomienda al Estado Parte (Chile) que revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto*”. cfr. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe, U.N. Doc. E/C. 12/1/Add. 105, párrafo 52, (1989 – 2004).

¹² Como un país pionero en la legalización de la interrupción consentida del embarazo; en Alemania los primeros antecedentes de discusión para una liberalización de la práctica del aborto se remontan a los inicios de la República de Weimar (rebaja sustancial de la penalidad), culminando con una decisión judicial de 1927 que establecía la permisividad del aborto cuando la vida y salud de la grávida peligraran. Ello, sobre la base de una “necesidad extralegal”. Es decir, si bien la interrupción del embarazo es antijurídica, se justifica en casos terapéuticos. Con posterioridad a la II GM, ambas Alemanias retornaron al sistema establecido en 1927,

pero la RDA adoptó un criterio más flexible y permisivo. En 1962 el nuevo Código Penal de la RFA vino a permitir el aborto consentido únicamente si el criterio de un médico lo autorizaba (modelo restrictivo de *indicaciones*). En el intertanto, se venía discutiendo por un grupo de juristas si era posible aplicar en la RFA sólo el modelo de las *indicaciones*, o bien, optar por la incorporación de un modelo más amplio de *plazos* (utilizado a partir de 1972 en la RDA). Ello porque al ser más respresiva la legislación, muchas mujeres de la RFA viajaban a Holanda a efectuarse los abortos no contemplados como lícitos bajo la legislación de Alemania Occidental. Cuando se aprobó por el *Bundestag* la legalidad de los abortos efectuados antes de finalizar el primer trimestre de embarazo sin dar justificación para ello (adopción modelo de *plazos*), inmediatamente fue impugnada por un grupo de parlamentarios (partidarios del modelo de *indicaciones*) ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante BverfG) el cual revisó la compatibilidad de la Ley Fundamental con la legislación StrRG de 18/06/1974 que buscaba reformar el Código Penal Alemán (en adelante StGB) en el sentido de despenalizar la interrupción del embarazo sin presentar motivos que los justifiquen. La Corte rechazó el modelo de *plazos* por no ser consistente con el orden de valores de la Ley Fundamental (en adelante GG) y determinó que las normas tendientes a reformar el StGB no eran compatibles con la GG [Sentencia BverfGE 39,1 de 25/02/1975]. Posteriormente, una vez reunificada Alemania, mediante la Sentencia 88 BVerfGE 203 de 28/05/1993, el BverfG se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de ayuda a mujeres embarazadas y a las familias que establecía asesoramiento obligatorio y comprobación de la existencia de una indicación para la interrupción del embarazo (*Bundesgesetzblatt* 37). En concreto, ésta se originó tras un recurso de inconstitucionalidad solicitado en febrero de 1990 por un grupo de parlamentarios federales de la CDU, el Gobierno de Baviera, el Canciller Helmut Kohl, entre otros (*ut infra* detalles de la sentencia y de los sistemas de plazos e indicaciones).

¹³ En Colombia la Corte Constitucional se ha pronunciado en variadas oportunidades respecto a temáticas concernientes al aborto (*e.g.* fallos C – 133 de 1994, C – 013 de 1997, C – 641 de 2001 y C – 198 de 2002). Principalmente fueron pronunciamientos atinentes a demandas de inconstitucionalidad de ciertos articulados que sancionaban a través de la vía penal la práctica del aborto consentido. Todos fueron declarados ajustados a la Constitución hasta el año 2006 en que a través de la Sentencia C – 355/2006 de 10/10/2006 fueron declarados inconstitucionales los artículos 122, 123, 124 y 32, numeral 7 del Código Penal Colombiano (que establecían los tipos penales y las penas relativas a las conductas abortivas). Esta sentencia es de sumo interesante puesto que fue interpuesta mediante el ejercicio de una acción popular *ex post* a la Corte Constitucional. Si bien sólo declaró una despenalización parcial del aborto consentido (toda vez que éste sigue siendo antijurídico; únicamente se constituyeron causales de justificación adoptándose un modelo de *indicaciones*), estableció un hecho clave en jurisdicción constitucional sudamericana, puesto que vino a consolidar en forma rudimentaria el derecho a un aborto consentido legal y seguro como parte integral e indivisible de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

¹⁴ Principalmente el fallo de *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (22/01/1973) por ser uno de los primeros hitos jurisprudenciales que reconoció, si bien de manera amplia pero no absoluta, la licitud del aborto en los EE.UU. declarando inconstitucional una ley de Texas que castigaba con pena de cárcel y de multa la práctica de todo tipo de aborto, excluyéndose solamente el efectuado por un médico para salvar vida de la mujer. Para ello, la Corte estableció que la mujer tiene un derecho implícito a poner término a su embarazo, el cual se desprende de su *right of privacy* contenido en la XIV enmienda. Asimismo, a partir de *Roe* se han dictado 20 fallos relativos al aborto, los cuales han venido a complementar o restringir *Roe*. Sin embargo, considerando lo determinante que puede ser la composición de la *Supreme Court* en los destinos de EE.UU., la polémica que gira en torno al aborto ha sido constantemente revisada. En general, ésta ha variado en conformidad a las ideologías (liberal o conservadora) de los Jueces que la integran, de ahí que algunos de los pronunciamientos se han inclinado en mayor medida hacia un criterio *pro-choice*, o bien, proclives a un parecer *pro-life*. Las sentencias son las siguientes (en orden cronológico): *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976); *Singleton v. Wulff* 428 U.S. 106 (1976); *Beal v. Doe* 432 U.S. 438 (1977); *Maher v. Roe* 432 U.S. 464 (1977); *Poelker v. Doe* 432 U.S. 519 (1977); *Colautti v. Franklin* 439 U.S. 379 (1979); *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979); *Harris v. Mcrae*, 448 U.S. 297 (1980); *H. L. v. Matheson* 450 U.S. 398 (1981); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 U.S. 416 (1983); *Planned Parenthood Association (of Kansas city, Missouri) v. Ashcroft* 462 U.S. 476 (1983); *Simopoulos v. Virginia* 462 U.S. 506 (1983); *Thornburgh v. American College of Obst. & Gyn.*, 476 U.S. 747 (1986); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990); *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990); *Planned Parenthood of*

Borrador para discusión

cuando revisaron la constitucionalidad de las legislaciones que despenalizaban la ejecución de abortos en algunos supuestos y bajo ciertas exigencias a fin de determinar si se estaban o no violando derechos fundamentales mediante el establecimiento de causales de

Penssylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Stenberg v. Carhart 530 U. S. 914 (2000); Gonzalez v. Carhart 550 U.S. 124 (2007).

Por su parte, los pronunciamientos judiciales que cimentaron el camino a *Roe* mediante el desarrollo y configuración del *right of privacy* fueron: Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965) [que declaró inconstitucional una ley de Connecticut que limitaba la dispensación y utilización de contraceptivos por ser contraria al *right of privacy*. En particular, por transgredir el derecho conyugal a la privacidad] y Eisenstadt v. Baird 405 U.S. 438 (1972) [que declaró inconstitucional una ley de Massachusetts que prohibía la distribución de mecanismos anticonceptivos a parejas sin vínculo matrimonial, estableciéndose el derecho —para los no casados— a poseer y acceder a los mecanismos anticonceptivos en las mismas condiciones que las parejas casadas].

Pese a la valiosa información contenida en cada uno de ellos, explicarlos excedería los fines de este *paper*. Sin embargo, los detalles, contextos y consecuencias de estas sentencias referentes al aborto en los EE.UU. se pueden consultar sistemáticamente en SHAPIRO (2008).

¹⁵ Sentencia Nº 53/1985 pronunciada por el Tribunal Constitucional de España el 11/04/1985. Este fallo surgió a propósito de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por parlamentarios españoles contra un proyecto de ley presentado el año 1983 que venía a reformar el art. 417 bis del Código Penal Español en el sentido de establecer causales de justificación penal para la práctica del aborto consentido bajo la concurrencia de ciertas exigencias (despenalización parcial bajo el modelo de *indicaciones*). Esto se debió en gran parte al hecho de que dada la alta punibilidad y represión penal de que era objeto la ejecución de abortos consentidos en España, muchas mujeres españolas se trasladaban a Inglaterra o Francia a practicarse abortos ya que sus legislaciones eran más permisivas y flexibles, quedando al mismo tiempo impunes en España. Si bien la ley no fue declarada ajustada a la Constitución, se estableció en la sentencia que la inconstitucionalidad no era en razón de los supuestos que venían a establecer situaciones de no punibilidad para la realización de abortos consentidos, sino que debido al incumplimiento por parte del legislador de exigencias constitucionales formales de ponderación y por infringir el art 15 de la Constitución Española.

¹⁶ Sentencia 146/2007 y su acumulada 147/2007 pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de México el 28/08/2008 y publicada el 02/03/2009. Este fallo, el más reciente de todos y de una excelente calidad argumental, se inicia a propósito de la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (D.F.) de una legislación que venía a despenalizar la interrupción consentida del embarazo para lo cual se debía modificar los art. 144, 145, 146, 147 y 148 del Código Penal del D.F. y la Ley de Salud del Distrito Federal. La legislación aprobada fue demandada a través de una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de México por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República donde se solicitó la declaración de invalidez de las disposiciones legales impugnadas. Después de un largo proceso la Corte determinó, mediante una votación de 8 votos a favor y 3 en contra, declarar la constitucionalidad de las disposiciones legales, lo que constituye un hecho histórico, ya que es la única sentencia que ha declarado constitucional, en el ámbito latinoamericano, la posibilidad de realizar abortos consentidos durante el primer trimestre del embarazo sin que la mujer deba dar justificaciones para ello y estableciendo como obligatorio que los hospitales públicos presten tal servicio en forma gratuita (adopción modelo de *plazos*). Es decir, reconoció un derecho amplio, aunque con leves restricciones, a efectuar abortos consentidos. Asimilándose, de esa forma, a la regulación del aborto en los EE.UU. Si bien México goza de diversas regulaciones del aborto dependiendo de sus entidades federativas, algunas más restrictivas que otras, ninguno de ellos lo contemplaba tan ampliamente como la ley impugnada. Por otra parte, no debo dejar de hacer presente que el fallo integro contiene 1313 páginas, las cuales contienen las alegaciones y defensas esgrimidas, las pruebas vertidas, la decisión principal (engrose) elaborada por el Magistrado JOSÉ RAMÓN COSSÍO y los votos concurrentes de cada uno de los Ministros que estuvieron a favor (7), además de las disidencias (3). Para efectos de este estudio, se tendrá a bien sólo el “engrose” (208 páginas), por contener la decisión principal, ya que los votos concurrentes de los Ministros explicitan razones particulares y diversas para arribar a una misma conclusión.

Borrador para discusión

justificación penal (revisión de constitucionalidad abstracto *ex ante* efectuado por la Corte Alemana, Española y Mexicana), o bien, determinaron la constitucionalidad de legislaciones excesivamente draconianas en torno al castigo penal de las acciones tendientes a efectuar un aborto. Siendo éstas impugnadas bajo argumentos que consideraron represivas contra derechos fundamentales de las mujeres las regulaciones penales del aborto (revisión de constitucionalidad concreto *ex post* realizado por la Corte de los EE.UU. y Colombia).

De esta manera, la idea central de este trabajo será explorar elementos comunes a todas las resoluciones que permitan verificar cuál ha sido la respuesta que en jurisprudencia constitucional comparada se ha dado a problemáticas concernientes a: I) rol del Estado en la protección de la vida en gestación (vida humana potencial); II) criterios de hermenéutica y argumentación constitucional utilizados; III) titularidad para ejercer derechos constitucionales por parte del nonato; IV) necesidad del derecho penal en cuanto mecanismo de tutela del no nacido y valoración de las propuestas de despenalización. Igualmente, otro de los tópicos que se examinará secundaria y sintéticamente, apunta al examen de la interrelación diferenciadora entre uno y otro pronunciamiento, concentrándome en las argumentaciones simbólicas de los criterios disímiles.

Así, desde un punto de vista metodológico, este *paper* corresponde sea encasillado como una aproximación a la problemática del aborto desde un enfoque jurisprudencial comparado. En otras palabras, un estudio sobre derecho constitucional comparado cuya misión no es otra que la sistematización de razonamientos judiciales justificatorios a los cuestionamientos expuestos con el fin de contribuir objetivamente al debate y utilizando el recurso al derecho comparado como una herramienta provechosa para encontrar solución a las dificultades (ya sea jurídicas o prácticas) que se suscitan en la aplicación de instituciones jurídicas concretas, logrando así una comprensión y formulación más perfectible de la problemática.

Si bien los países a los cuales pertenecen las Cortes examinadas poseen un acervo jurídico e histórico-sociocultural diverso que puede conducir a una apreciación parcial del asunto, no es menos cierto que todos conciernen a la cultura occidental y corresponden a ordenamientos jurídicos respecto de los cuales Chile ha recibido una influencia ya sea directa o indirecta. Asimismo, la valoración de las Cortes seleccionadas reside netamente

Borrador para discusión

en su vasta tradición jurídica, así como en lo influyente y reputado que han sido sus pronunciamientos y la calidad de las razones justificatorias de los argumentos vertidos en cada uno de ellos. Del mismo modo, el examen comparativo de los fallos estudiados puede resultar especialmente ilustrativo para el caso chileno si pensamos en una eventual legislación permisiva del aborto y la posible impugnación de ésta ante el Tribunal Constitucional chileno. Por lo demás, lo verdaderamente relevante dice relación con los criterios, razonamientos y juicios estrictamente jurídicos aportados más que con consideraciones morales y/o socioculturales¹⁷.

Demás está decir que en una comunidad mundial altamente globalizada, el aislamiento jurídico se hace ilusorio. Ciertamente, ordenamientos normativos con un mayor desarrollo científico del Derecho (y de su cultura) ya han logrado solución a problemáticas que en Chile recién enfrentamos. En este sentido, como bien lo sostiene TOMÁS VIAL¹⁸, en Chile los debates morales y jurídicos con frecuencia se llevan a cabo con prescindencia de las discusiones y procesos ocurridos en otras naciones. Esto no parecería especialmente grave si Chile fuera o hubiese sido una nación desvinculada de los desarrollos institucionales, económicos, sociales, culturales y jurídicos acaecidos en el exterior. Pues claramente ello no es así. La historia nacional está íntimamente relacionada con la historia del mundo occidental y lo mismo se puede decir de sus instituciones jurídicas. Por esta razón ofrece interesantes lecciones lo que otras naciones, con las cuales se comparten valores e instituciones, han hecho o están haciendo.

§ PANORAMA INTERNACIONAL

De la revisión de sentencias acaecidas en diversos periodos, países y sistemas jurídicos, pese a sus genuinas divergencias, tradiciones y matices, es posible apreciar un núcleo de razonamientos morales, constitucionales y penales que es común a todas:

¹⁷ En virtud de la extensa gama de cuestiones que se han planteado en los razonamientos judiciales que justificaron la autorización de la práctica del aborto consentido, por razones de espacio, opté por seleccionar sólo algunos de los tópicos planteados en cada uno de los fallos. Como un estudio de derecho comparado lo amerita, traté de concentrarme en lo que pueda ser útil para la discusión en Chile. Además, las diferencias y matices entre cada uno de ellos son sumamente amplios, por lo que un examen más prolijo y detallado hubiese demandado muchísimas páginas. Y por cierto que este trabajo ya está altamente compactado. No tengo nada más que decir que dejo una deuda pendiente.

¹⁸ VIAL (2004): 235

Borrador para discusión

I.- En lo concerniente a la pregunta: ¿Debe el Estado dispensar algún tipo de tutela jurídica al ser humano potencial o en desarrollo? ¿Cuál es el rol que le compete al Estado en la protección de la vida en gestación (vida humana potencial)?

Pues bien, los jueces han entendido que corresponde al Estado un deber activo tutelar de la vida humana potencial¹⁹ y, en la medida que el desarrollo gestacional alcanza un mayor grado de proximidad a la condición psicobiológica y moral de las personas nacidas, ese legítimo interés estatal en proteger la vida en gestación se incrementa²⁰.

Esto debe ser atendido con algunas prevenciones. En esta materia, las obligaciones estatales de protección deben fundarse *prima facie* en algún mandato constitucional que ordene expresamente al legislador velar por la vida humana en gestación. Curiosamente, ninguna de las Constituciones de los países examinados contiene tal mandato (lo cual no compromete concluir que mediante una lectura sistemática de otras disposiciones constitucionales se desprenda implícitamente tal deber). No obstante, que los jueces estimen como necesaria la tutela jurídica del que está por nacer —mediante diversos mecanismos incluido en ellos el derecho penal—, implica reconocer que algún valor jurídico tiene la vida del feto (independiente de su *status* moral); aunque en principio no sea

¹⁹ Por ejemplo *Roe* al compatibilizar interés en proteger la vida de la mujer y la vida humana potencial: “...*the State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman (...) and that it has still another important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches term and, at a point during pregnancy, each becomes ‘compelling’...*” vid. 410 U.S. 113 (1973). En semejante sentido la sentencia de la Corte Colombiana: “...*el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección de la vida en gestación y no en el carácter de vida humana del nasciturus...*” vid. C- 355/2006.

²⁰ Al respecto, en cuanto a las obligaciones estatales, la Corte de Colombia expresó: “...*más allá de la discusión de si el nasciturus es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio...*” vid. C-355/2006. De igual manera la Corte Constitucional Española: “...*la protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma...*” vid. Nº 53/1985, II.7. En similar sentido la Corte de México aunque no explícitamente con referencia al nasciturus: “...*este Tribunal considera que lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa, son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida...*” vid. 146 - 147/2007 - Considerando VIII, D. También la sentencia Alemana: “...*las exigencias de actuación en protección de la vida dependiente suponen para el Estado, en la medida en que por ley establece mandatos y prohibiciones, deberes de acción y de omisión. Lo mismo es aplicable a la protección del nasciturus frente a su madre...*” vid. 88 BVerfGE 203 (1993) sección D, I.2.

Borrador para discusión

una persona titular de derechos, para las cuales el Estado sí debe efectuar acciones tendientes a evitar la privación arbitraria de la vida a un determinado sujeto.

II.- En materia de hermenéutica y argumentación constitucional, es decir, para la encontrar respuesta a la pregunta ¿cuáles fueron los mecanismos de interpretación constitucional utilizados?

Los magistrados han reconocido como imprescindible la ponderación^{21.22} casuística (también denominado, juicio de proporcionalidad, concordancia práctica o *balancing test*) de los derechos e intereses de la persona nacida (en este caso, los derechos a la vida, integridad, privacidad, salud y libertad de la mujer) con el interés legítimo del Estado en la vida humana potencial (interés público en el embarazo en virtud de la dimensión social de aquél). Luego, no hay uno que sea más importante o trascendente que el otro, sino que ha de existir un equilibrio.

Esto último puede conducir a confusión. Algunos podrían *hipotetizar* que se balancean los derechos fundamentales del nonacido con los derechos constitucionales de la madre, de lo cual se colegiría el reconocimiento de derechos fundamentales al *nasciturus* y, consecuentemente, admitir que el nonato efectivamente es titular de derechos públicos subjetivos. Pues bien, en las sentencias (salvo la Alemana), lo que se pondera son los intereses y derechos fundamentales de las mujeres, con la necesidad legítima de proteger y tutelar la vida humana potencial por parte del Estado (y en los ordenamientos que disponen de una norma constitucional específica para ello —como la chilena²³— simplemente se

²¹ Exclúyase de esta conclusión la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México, que no efectuó el ejercicio de ponderación en sede judicial sino que dejó abierta la posibilidad de que los parlamentarios, tanto a nivel federal como estatal, sean los que hagan esta ponderación.

²² Por ejemplo, expresamente la Sentencia Colombiana al enjuiciar la aplicación de la proporcionalidad en el proceso de incriminación primario: “(...) es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración (...)” vid. C- 355/2006. Y la sentencia del Tribunal Español: “(...) Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto (derechos de la mujer y deberes del Estado), el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos (...)” vid. Nº 53/1985, II.9. (paréntesis del autor).

²³ Art. 19 Nº 1, Constitución Política de Chile: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (...) La ley protege la vida del que está por nacer (...)”

Borrador para discusión

concreta el deber jurídico estatal de tutela del nonato), o bien, entre ambos y las obligaciones positivas del Estado para con los derechos fundamentales de la mujer. Trasladándose de esta forma el conflicto —ya no simplemente entre derechos fundamentales— a la colisión entre derechos constitucionales, interés público y obligaciones positivas del Estado²⁴.

Aún más, se podría pensar que el conflicto se genera cuando los derechos de la mujer colisionan con la vida humana como *bien jurídico*²⁵ constitucionalmente protegido²⁶. Es decir, no obstante la inotorgabilidad de titularidad para ejercer derechos al no nacido, las Cortes reconocen que el nonato originará eventualmente en una persona. Por tanto, se hace necesario tutelar protectivamente el valor de la vida humana potencial (o en gestación) arguyendo el deber estatal de preservar el bien jurídico elemental ‘vida humana’²⁷. Empero, volvemos a lo mismo, puesto que la concreción del resguardo del bien jurídico vida

²⁴ No obstante ello, esto se puede volver problemático. En *strictu sensu*, la colisión de derechos se produce, en principio, entre los intereses jurídicos de sujetos de derechos (titulares de éstos), que al ejercerlos en un caso concreto, generan incompatibilidad y discordancia iusfundamental. EDUARDO ALDUNATE (2008, 270), citando a KLAUS STERN, agrega que en un sentido más extenso, es posible incluir dentro de la noción de colisión no sólo la producida entre derechos, sino que también aquella que se genera entre derechos fundamentales y principios constitucionales (lo que denomina “colisión impropia”). Así y todo, no hay referencia explícita al conflicto entre deberes activos (positivos) estatales (o interés público) y derechos fundamentales. El punto relevante para estos efectos es que en parecer de las Cortes, el pre-embrión/embrión/feto carece de una titularidad para ejercer derechos subjetivos. Lo que implica inexistencia del aparente conflicto. Reservándose la ponderación únicamente para resolver el conflicto entre el deber del Estado y los intereses de las mujeres.

²⁵ Al respecto, algunas precisiones en torno a la teoría de ‘bien jurídico’. Si bien es un concepto nebuloso y no pacífico, WELZEL lo define como “un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente”. Éste ha sido desarrollado por la dogmática penal para dar respuesta satisfactoria a la pregunta referida a cuándo es materialmente legítima la intervención del derecho penal en la esfera de libertad de las personas (fundamentación del injusto penal). Y la respuesta es: en el momento que se lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos elementales para la convivencia civilizada. Luego, cuando la conducta humana que los lesiona o pone en peligro es tipificada en una ley, ese bien jurídico tutelado pasa a ser un bien jurídico-penal. Así, no todo bien jurídico es un bien jurídico-penal. Pues bien, el bien jurídico al que hacen alusión las Cortes es el primero de los descritos y, en una sociedad democrática, la determinación de los bienes jurídicos que han de ser tutelados por el ordenamiento jurídico deben ser resueltos mediante los intereses sociales que se consensuen en la deliberación pública. *vid.* MIR PUIG (1994): 165 ss; WELZEL (1956): 5 ss.

²⁶ Así, explícitamente el Tribunal Constitucional de España: “... *pero en todo caso (...) debemos afirmar que la vida del nasciturus (...) es un bien jurídico constitucionalmente protegido...*” *vid.* Nº 53/1985, II.7 y expresamente el voto disidente el Ministro FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE en cuanto al conflicto suscitado: “...*el nasciturus, aun no siendo titular del derecho a la vida, constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido (...)* Así pues, según la Sentencia, no hay un conflicto entre los derechos de la mujer y un inexistente derecho fundamental del nasciturus a la vida, sino un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido que es la vida humana en formación...” *vid.* Nº 53/1985.

²⁷ *Vid. ut supra* nota 19 y 20.

Borrador para discusión

humana se traduce en deberes activos estatales, con lo cual el conflicto se sigue desarrollando entre deber estatal y derecho fundamental.

Por otra parte, si bien el mecanismo (test) de la ponderación de derechos es discutible y carente de criterios universales de aplicación, sorprende la forma en que los jueces, aun teniendo en cuenta las diferencias de tradiciones jurídicas, espacios temporales y circunstancias fácticas de los casos en análisis, lo aplican por igual.

De lo anterior se sigue que los derechos fundamentales no son absolutos²⁸ y, por tanto, admiten la aplicación de limitaciones, privaciones y restricciones, siempre y cuando las motivaciones que conducen a ello sean juiciosamente justificadas en un caso u otro (en principio a través del test de la ponderación). De esto se sigue que ni los derechos de la mujer²⁹ (En particular, su derecho a la autonomía/libertad y el reconocimiento de sus

²⁸ Sobre la concepción de los derechos fundamentales como ‘absolutos’ en lo concerniente al derecho a la vida *vid.* FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2008): 276. El autor identifica dos formas de entender el carácter absoluto de los derechos: una forma “vaga” la cual no admite excepciones de ninguna especie (implica que los derechos jamás se pueden suspender, limitar, restringir, ni privarse a su titular), y otra forma “relativa”, la cual descansa en la idea de ponderación de derechos. Luego, siguiendo a ROBERT ALEXY, ningún derecho podría excluirse de la posibilidad de ponderarse, con lo cual la noción de derechos ‘absolutos’ se diluye. Precisamente este último es el criterio que han adoptado, en principio, las Cortes estudiadas. Independiente de ello, presenta dificultades sustentar lógicamente que los derechos son incondicionados e incompatibles, que existen por sí mismos y que excluyen cualquier relación. Tal vez, en el plano de los derechos morales sea admisible la absolutización, pero en el ámbito de los derechos jurídicos (derechos constitucionales) ello se hace una quimera (*ut infra* se discuten fundamentaciones).

²⁹ Así lo estimó *e.g.* Roe “...*appellant and some amici argue that the woman’s right is absolute and that she is entitled to terminate her pregnancy at whatever time, in whatever way, and for whatever reason she alone chooses. With this we do not agree (...)* Court’s decisions recognizing a right of privacy also acknowledge that some state regulation in areas protected by that right is appropriate (...) We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified, and must be considered against important state interests in regulation (...) The Court has refused to recognize an unlimited right...” *vid.* 410 U.S. 113 (1973). De igual manera el BVerfG: “...El derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, la cual tiene como contenido la libertad de actuación en sentido amplio y por tanto abarca también la responsabilidad de la mujer para decidir por la maternidad y las consecuencias que de ella se derivan, puede ciertamente en todo caso demandar reconocimiento y protección. Ese derecho sin embargo, no se garantiza en forma ilimitada, el orden constitucional, las costumbres lo restringen. De ahí que nadie pueda tener la competencia para intervenir sin un justo motivo en la esfera legalmente protegida de otra persona, o causar molestias en la vida misma...” *vid.* BVerfGE 39,1 (1975). “... La protección de la vida no es absoluta, en el sentido de que goce sin excepción alguna, de primacía frente a cualquier otro bien jurídico...” *vid.* 88 BVerfGE 203 (1993) Sección D, I.2. En el mismo sentido la sentencia de la Corte Española: “...Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus...” *vid.* Nº 53/1985, II.9. También la sentencia Mexicana: “...esta Suprema Corte de Justicia ha aceptado y afinado progresivamente el criterio de que los derechos fundamentales, o garantías individuales, no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación. De este modo. Si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución este sería,

Borrador para discusión

derechos reproductivos), ni el interés estatal en la protección de la vida incipiente, son ilimitados.

A propósito de esto, vale la pena detenerse en un argumento comúnmente utilizado para argumentar *pro-life* y que tiende a distorsionar la naturaleza relacional de los derechos fundamentales y, como resultado de ello, su inclinación a la absolutización.

No son pocos los que para dar un *pseudo* argumento en razón del valor primordial y absoluto de la vida, alegan que tal derecho es presupuesto lógico u ontológico de la existencia de todos los demás derechos fundamentales, lo que le otorga una condición preeminente, como derecho ‘esencial’ o ‘troncal’ frente a éstos, ya que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún otro derecho³⁰.

Esta argumentación, si bien elocuente, adolece de algunos vicios lógicos. Éstos fueron discutidos y analizados por la sentencia de la Corte Mexicana³¹ la que se fundamentó principalmente en que tal argumento no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio. Por cierto que es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente. Sin embargo, de ahí no se sigue que la vida es condición de existencia de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Del mismo modo, para estos efectos, deviene irrelevante si el derecho a la vida posee mayor importancia que los demás derechos constitucionales, ya que de acuerdo a lo expuesto, y en un sentido estrictamente jurídico, el nonacido carece de la titularidad para

de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos...” vid. 146 - 147/2007, considerando VIII.

³⁰ Así e.g. la sentencia Española: “... (el derecho a la vida) es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible...” vid. Nº 85/1985, II.3.

³¹ “...Al descomponer este argumento, nos percataremos que el mismo tiene dos partes claramente distinguibles: una estrictamente lógica en la que se establece una proposición condicional (concretamente una condición necesaria) en la que se afirma que si no se está vivo no se puede disfrutar ningún derecho y otra —la conclusión extraída de la primera afirmación— más bien valorativa, en la que se dice que la vida es más valiosa que cualquiera de esos otros derechos fundamentales (...) De este modo, del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo...” vid. 146 - 147/2007, VIII.

Borrador para discusión

ejercer derechos, desde el momento que no es un sujeto de derecho. La protección del que está por nacer reside netamente en la apreciación moral (propia del discurso moral y no del jurídico) del valor ‘vida humana’, y en particular, la vida humana potencial³².

III.- En cuanto a la pregunta alusiva a si el pre-embrión/embrión/feto posee o no titularidad para el ejercicio de derechos subjetivos públicos, es decir, respuesta a la pregunta: ¿está el *nasciturus* legitimado para el ejercicio de derechos en forma autónoma?

En virtud de la ausencia de mención expresa de una edad o momento a partir del cual se inicia la protección jurídica del derecho a la vida, las Cortes sistemáticamente (aunque con una excepción³³) han estimado que el *nasciturus* no es titular de derechos³⁴.

³² El principio de la “potencialidad”, en general sostiene que los recién nacidos y los temporariamente inconscientes tienen *potencialmente* las condiciones que permiten gozar de derechos. Desde luego, de ello no se colige la individualidad ontológica de una persona. Al respecto véase BERTHA ALVAREZ MANNINEN (2007). “Revisiting the argument from fetal potential”, *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*. Contra el artificioso y poco convincente argumento moral de la “potencialidad” vid. MICHAEL TOOLEY (1972). “Abortion and Infanticide”, *Philosophy and Public Affairs*; DAVID BOONIN (2003). *A Defense of Abortion*; PETER SINGER (1993). *Practical Ethics*.

³³ Exclúyase de esta conclusión el caso de los fallos del BVerfG, que a partir de la primera sentencia de 1975, reconoce titularidad al nonato (aun admitiendo que es un ser con “potenciales capacidades”, ergo, que *puede* suceder o existir, en contraposición de lo que existe). Ello, sobre la base de una lectura de su GG que descansa en una idea normativa de dignidad humana inviolable como fundamento de todos los derechos reconocidos en ella. Luego, como el *nasciturus* pertenece a la especie humana goza de dignidad y, por tanto, es titular del derecho a la vida. Para el BVerfG: “...durante el embarazo se constata que el *nasciturus* tiene vida individual, con su propia identidad genética y con ello unicidad e irrepitibilidad comprobada, no una vida parcial, que en el proceso de crecimiento y desarrollo no se convierte en ser humano, sino que se desarrolla como ser humano (...) se trata en todo caso de un nivel necesario de desarrollo del ser humano individual. Y donde hay vida humana entra en consideración la dignidad humana...” (inclusión de la vida del nonato como objeto legal independiente en el deber general objetivo del Estado de proteger la vida). vid. BVerfGE 39,1 (1975) sección 37 y 41. Criterio que fue enteramente recogido en el razonamiento decisivo del pronunciamiento de 1993: “...la dignidad humana corresponde ya a la vida humana dependiente, y no sólo a la vida humana posterior al nacimiento o con una personalidad ya formada. «Los derechos comunes a la humanidad corresponden también a los niños no nacidos, desde el momento de su concepción»...” vid. 88 BVerfGE 203 (1993), D.I.

Pese a lo anterior, en la sentencia 88 BVerfGE 203 (1993), lo interesante es que aun considerando que el aborto es básicamente antijurídico (hecho injusto), lo autoriza sobre la base de que no es exigible [*Unzumbarkeit*] a la mujer en ciertas circunstancias sobrellevar un embarazo (con lo cual se dotaría de prevalencia absoluta el derecho del *nasciturus* por sobre los derechos de la mujer, violándose de esa forma la prohibición de *infradimensionamiento* [*untermassverbot*]) y, que no es el derecho penal el mecanismo idóneo para tutelar y proteger la vida humana en gestación. Es decir (y es precisamente en este punto donde innova la segunda sentencia, siendo su principio cardinal), es del todo compatible con la GG que el legislador pueda tutelar y proteger jurídicamente la vida humana dependiente no sólo a través de disposiciones penales de carácter represivas y violentas (con lo cual se descarta de inmediato el *ius puniendi*), sino que es constitucionalmente aceptable que tal tutela se efectúe mediante medidas preventivas de consejería ilustrativa de carácter psico-social que tiendan a animar a la grávida a llevar a término el embarazo (figura del *Berutung*, el que fundamentalmente consiste en asesorar e informar acerca de las ayudas públicas y privadas disponibles para las embarazadas, madres y niños, en particular acerca de aquéllas que faciliten la prosecución del

Borrador para discusión

En todo caso, esto debe ser atendido en estricta relación con la casuística de las regulaciones constitucionales relativas al otorgamiento de algún sentido a los enunciados, palabras y lenguajes utilizados por las Cartas Fundamentales de los países en análisis respecto a la extensión de la esfera de tutela a los sujetos de derecho. En principio, cierto es que los derechos fundamentales sólo pertenecen a individuos de la especie humana. Pero el asunto de la titularidad se vuelve de sumo difuso y pantanoso cuando se trata de efectuar distinciones entre ‘personas’, ‘seres humanos’ y ‘el que está por nacer’ (siempre y cuando no se halle determinado previamente y en forma patente en la respectiva Constitución). Con todo, las Cortes han dado respuestas e interpretaciones interesantes para graficar la no titularidad del nonato para adquirir y ejercitar derechos. Del mismo modo, han efectuado una correcta distinción, tanto conceptual como moral, en lo que concierne a las diferencias de *status* jurídico entre nasciturus y personas nacidas (en este caso las mujeres), las cuales por cierto tienen la máxima protección iusfundamental³⁵.

En efecto, las Cortes no han incurrido en la comisión de la falacia *non sequitor*³⁶ o más concretamente falacia de generalización indebida. Lo cual se traduce en lo siguiente: que los nonatos merezcan tutela jurídica por parte del Estado en razón de la potencia de vida que contingentemente representan, no se sigue que tengan condición de titulares de

embarazo y mejoren la situación de la madre y el hijo). Luego, mediante ese mecanismo, se protege la vida del que está por nacer.

³⁴ Así lo ha dicho elocuentemente la Corte de Colombia: “...la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición...” vid. C- 355/2006. También el fallo Español: “...los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida...” vid. Nº 53/1985. Caso especial es el de los EE.UU., toda vez que en Roe la *Supreme Court* no se pronunció expresamente sobre la titularidad del *nasciturus*, desde el momento que el nonato no es una “persona constitucional”, siendo solamente protegible por el Derecho a partir de la “viabilidad”, es decir, cuando es capaz de vivir fuera del vientre materno. Por su parte, la sentencia de la Corte Mexicana no emitió juicios concretos sobre la titularidad para ejercer derechos por parte del nonato, puesto que la Carta Fundamental de México no establece en forma expresa el derecho a la vida o su inviolabilidad. Pese a ello, el magistrado SERGIO VALLS, en voto concurrente, se refirió en forma explícita a la titularidad del no nacido aduciendo que: “(...) el derecho a la vida, como derecho subjetivo, supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida necesariamente a la persona humana, en contraposición a la protección de la vida en general, que sí comprende a quienes no han alcanzado esa calidad, esto es, a los no nacidos, pues se trata de vida potencial (...)” vid. Voto concurrente que formula el Ministro Sergio Valls Hernández, en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007: 2.

³⁵ Específicamente sobre la titularidad para el derecho a la vida del nonato y las personas nacidas en la doctrina y jurisprudencia chilena. vid. FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2007): 103 ss.

³⁶ Al respecto, aplicado al caso chileno vid. BASCUÑÁN (2004): 49

Borrador para discusión

derechos. En este sentido, concuerdo con BASCUÑÁN cuando sostiene que “de un derecho subjetivo pueden inferirse normas de deber, pero no a la inversa”³⁷.

IV) Finalmente, es preciso constatar la respuesta que dieron las Cortes a la pregunta relativa a si el Derecho Penal —instrumento jurídico violento *per se* y altamente represivo— es el medio idóneo y óptimo para dar tutela a la vida humana potencial. A este respecto, las vertientes de análisis son múltiples. No obstante, se intentará un esfuerzo sistematizador de los criterios comunes relativos a límites materiales a la configuración del legislador penal. En primer lugar, se verifica un pronunciamiento concerniente al momento en que el Derecho Penal debe entrar en acción, aludiendo de esa manera a la desvirtuación del principio de la intervención punitiva mínima en la protección subsidiaria de bienes jurídicos y valores elementales de la sociedad³⁸. En otra línea, pero aún en el ámbito axiológico-penal, existe manifestación referente a la proporcionalidad y razonabilidad penal³⁹. Si bien éstos son desarrollados de diversas maneras por las distintas Cortes, convergen en lineamientos comunes⁴⁰.

³⁷ Ídem.

³⁸ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Mexicana: “...*El reproche por la vía penal (...) no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación (...) no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo, pues más allá de la teoría que utilicemos para justificar la imposición de la pena estatal, la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad (...) de este modo, penalizar la conducta en cuestión sería tanto como utilizar al derecho penal como una herramienta simbólica y no como un mecanismo de última ratio...*” vid. 146 - 147/2007, VIII.

³⁹ Así, el pronunciamiento de la Corte de Colombia: “...*la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección (...) el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas (...)*” vid. C – 355/2006. También la sentencia Española: “...*el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos (...) existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constrictión —la sanción penal— para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos...*” vid. 53/1985, II. 9.

⁴⁰ “... *En casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, el legislador puede introducir instrumentos de derecho penal para proteger la vida del que está por nacer (...) la norma penal representa en cierta medida la ‘última ratio’ del instrumento*

Borrador para discusión

Esto es particularmente interesante puesto que para llegar al convencimiento de que es admisible la permisibilidad del aborto concurriendo algunas exigencias (*plazo, indicaciones* o ambos), las Cortes reconocen que las mujeres son portadoras de derechos fundamentales en igualdad de condiciones y que una prohibición absoluta del aborto consentido supone una expresa anulación de *sus* derechos constitucionales. Es decir, la sanción draconiana de la interrupción del embarazo, además de estimar arbitraria y *apriorísticamente* como más valioso el feto que una mujer nacida, supervalorando la vida humana potencial en desmedro de la vida humana nacida, absolutiza el deber estatal de tutela al no nacido negando una justa ponderación casuística de intereses contrapuestos⁴¹.

Es precisamente por ello que para la mayoría de las Cortes es perfectamente ajustado a la Constitución el establecimiento, por parte del legislador, de causales de justificación para la realización de abortos consentidos concurriendo los supuestos legales establecidos. Lo contrario deviene en aceptar la fijación por parte del Derecho de exigencias desproporcionadas para una mujer, lo cual en principio, es a lo menos constitucional, penal y éticamente cuestionable en un Estado democrático liberal y laico.

§ REFLEXIONES FINALES

De lo examinado en las líneas precedentes, es posible inferir variadas conclusiones que permitan vislumbrar un panorama jurídico objetivo para la discusión del aborto en el entorno chileno.

del legislador. De acuerdo con el principio de proporcionalidad (...) él puede hacer uso de esos instrumentos sólo en forma reservada y prudente (...) se deben introducir cuando no existan otros que permitan lograr una protección efectiva de la vida (...) no se trata de un deber 'absoluto' de penalizar sino de una obligación 'relativa' de acudir a la sanción penal, en vista de la insuficiencia de otros instrumentos..." vid. BverfGE 39,1 (1975).

⁴¹ "...el derecho del que está por nacer a la vida puede implicar para la mujer una carga que va más allá de lo que normalmente se vincula al embarazo (...) se debe tener en cuenta que la vida del que está por nacer y el derecho de la mujer a no ser obligada más allá de lo razonable, a ofrecer su propia vida en interés del respeto de ese bien jurídico, se encuentran en contraposición. En una situación de conflicto de esta clase, que no admite por lo general, ningún tipo de valoración moral unívoca (...) el legislador se encuentra obligado a actuar con especial prudencia. Si en esos casos considera que la conducta de la embarazada no es susceptible de ser penalizada, y renuncia a emplear los instrumentos penales, entonces se tendrá como resultado que la ponderación efectuada por el legislador es también constitucional..." vid. BverfGE 39,1 (1975).

Borrador para discusión

En primer lugar, la tendencia legislativa comparada tiende progresivamente a la ampliación de las hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo, las cuales se han generado a consecuencia de la madurez política y sociocultural de la discusión que se ha mostrado en los diversos procesos público-deliberativos de los países en examen.

Segundo, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, cuando correspondió a las Cortes pronunciarse respecto a si las directrices legislativas adoptadas se ajustaban o no a las distintas Constituciones, hay expresa propensión al razonable equilibrio entre los derechos de la mujer encinta y el interés del Estado en proteger la vida potencial. De esa manera, se confirmó la constitucionalidad de legislaciones que establecen hipótesis lícitas de interrupción del embarazo y, a su vez, se establecieron límites a la persecución penal del aborto.

El tratamiento jurídico concreto que se le ha dado a la permisibilidad del aborto gira en torno a dos sistemas compatibles. Uno de ellos es el sistema más amplio y flexible de los *plazos*, y el otro sistema, que impone mayores exigencias, es el de las *indicaciones*.

El modelo de *plazos* genera el efecto de desplazar la antijuridicidad del hecho operando como legalización de la práctica del aborto siempre y cuando se efectúe dentro del lapso de tiempo establecido por el legislador (por lo general entre la semana 10 y 14 de gestación), pero que no excluye la aplicación de alguna *indicación* una vez transcurrido el periodo establecido.

Este sistema ha sido adoptado en los EE.UU., el D.F. de México y con prevenciones en Alemania. Para los casos concretos de EE.UU. y México, esto se vincula a la idea de autonomía de la mujer para poner término a su embarazo, lo que también deviene en un reconocimiento expreso a los derechos reproductivos de las mujeres.

Uno de los fundamentos esgrimidos para aplicar el sistema de plazos se focaliza en lo peligroso que puede resultar para la salud e integridad de la mujer abortar en fases avanzadas del embarazo y, en que la despenalización absoluta es únicamente para el período embrionario y no el fetal, esto es, “antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción”⁴² (aproximadamente durante el

⁴² *Vid.* 146 – 147/2007, considerando VIII.

Esta distinción no es arbitraria puesto que según lo estudiado por la ciencia médica embriológica, *embrión* es la denominación que recibe el producto de la fecundación a partir del día 15 hasta la 12 - 13 semana después

Borrador para discusión

primer trimestre del embarazo). Sin embargo, a partir de la viabilidad (último trimestre de la gestación) “el Estado en su deber de proteger la vida humana potencial puede legítimamente llegar a prohibir el aborto en todos los casos salvo que la vida de la madre peligre”⁴³ (pues puede ser equiparable al delito de infanticidio).

El sistema de *indicaciones* opera como causales calificadas de justificación penal que excluyen la ilicitud del aborto. Si bien ambos modelos pueden convivir perfectamente ya que son compatibles, los países que no aceptan el derecho de la mujer de poner término a su embarazo como consecuencia de su autonomía, utilizan este sistema con variados matices entre uno y otro (algunos más amplios como el alemán y otros más restringidos como el español). En general éstos van desde las limitativas *indicación terapéutica* (la cual opera para los casos en que llevar a término el embarazo conlleva un riesgo inminente para la vida, salud e integridad⁴⁴ de la mujer) e *indicación embriopática* (aplicable a los supuestos en los cuales existen malformaciones fetales congénitas incompatibles con la vida), hasta las permisivas *indicación ético-jurídica o criminológica* (para los casos de violación carnal de una mujer, ya sea por ataques sexuales directos, o bien, por incesto no consentido, donde también se incluye los supuestos de inseminación no sexual y la transferencia de embriones no consentidas) e *indicación socioeconómica* (aplicable a los

de la última menstruación de la grávida (primer trimestre del embarazo). Según estudios, éste es el momento más temprano del embarazo en que se han descrito conexiones entre células neuronales. Por otra parte, *feto* corresponde a la denominación que recibe el desarrollo del producto de la fecundación en las fases posteriores del embarazo. En concreto, a partir de la 13 – 14 semana hasta completada la semana 22 (segundo trimestre del embarazo). Cabe precisar que a partir de la semana 23, el feto alcanza la “viabilidad”, es decir, puede sobrevivir fuera del cuerpo de la madre. La F.I.G.O. (Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia), considera que los embarazos interrumpidos antes de la semana 23 (antes de la viabilidad) son abortos y aquellos producidos a partir de la semana 23 corresponderían a nacimientos prematuros, toda vez que entre la semana 23 y la 28 se considera “el umbral de la viabilidad”. *vid.* BARZELATTO & FAÚNDES (2007): 37 ss. Así Roe: (...) *With respect to the State’s important and legitimate interest in potential life, the “compelling” point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother’s womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother (...)*” *vid.* Roe v. Wade 410 U.S. 113, X.

⁴³ *Vid.* Roe v. Wade 410 U.S. 113. En efecto, el criterio de los trimestres fue uno de los *holding* de Roe, el cual ciertamente fue recogido, en parte, por la sentencia mexicana. Aunque el matiz radica fundamentalmente en que bajo la regla del *stare decisis*, los efectos de la sentencia estadounidense son *erga omnes*.

⁴⁴ Se ha discutido la extensión que pueda otorgarse a la protección de la integridad, toda vez que ésta involucra también la psicológica y, es indiscutible que un embarazo no deseado conlleva una grave lesión a la integridad psíquica de la mujer.

Borrador para discusión

casos en los cuales las condiciones económicas y sociales de la mujer hacen imposible que ésta pueda sustentar un hijo en la sociedad).

En suma, a modo de recapitulación y para finalizar, es posible colegir de las sentencias estudiadas que el tratamiento jurisprudencial comparado del aborto en los países en análisis ha resuelto de forma casi sistemática que:

- 1) El nonato carece de titularidad para ejercer derechos constitucionales;
- 2) No posee el mismo *status* moral que una persona nacida, racional, autosuficiente y completa, por tanto, merece una tutela jurídica diferenciada sobre la base de la “potencia” de vida, lo que se traduce en la asunción de deberes estatales activos para así dar protección a la vida humana potencial (asesoramientos, campañas informativas de educación sexual y reproductiva, políticas públicas sanitarias de anticoncepción, establecimiento de condiciones y exigencias a través de los sistemas de *plazos* o las *indicaciones* para la realización de abortos consentidos, protección contra el despido de las gestantes, subsidios por hijo, etc.);
- 3) Los deberes estatales activos de tutela al *nasciturus* no implican necesariamente el recurso directo y expansivo al derecho penal como instrumento represivo y violento, tornándose desproporcionada y poco eficaz la aplicación de penas para todos los casos en que se interrumpa un embarazo;
- 4) Para llegar a las conclusiones antes dichas las Cortes efectuaron rigurosos ejercicios de ponderación, equilibrio o balance de intereses, tanto de los derechos de las mujeres como de los deberes estatales de protección, excluyéndose entonces la supervaloración absoluta de uno u otro, toda vez que no efectuar tal test supone una negación de los derechos de las mujeres;
- 5) No es tarea de una Corte Constitucional, sino que de la política deliberativa asistida del conocimiento científico, el establecimiento categórico de estándares filosóficos complejos y discordantes tales como respuestas a las preguntas: “a partir de cuándo somos personas, qué es persona, o a partir de cuándo comienza la vida humana”.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ADAME GODDARD, JORGE (2009). “Análisis de la sentencia que declara constitucional la Ley del Distrito Federal que permite a la madre dar muerte al concebido menor de 12 semanas, en *The Selected Works of Jorge Adame Goddard* [Available at <http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/2> [en prensa]

ALÁEZ, BENITO & LEONARDO ÁLVAREZ (2008). *Las Decisiones Básicas del Tribunal Constitucional Alemán en las Encrucijadas del Cambio de Milenio*, Madrid, CEC.

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2008). *Derechos Fundamentales*, Santiago, LegalPublishing.

ALTAVA, MANUEL ET AL (2003). *Lecciones de Derecho Comparado*, Castellón de la Plana, Universidad de Jaume I de Castellón.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO (2001). “Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado”, *Revista de Derecho Público*, N° 63, Tomo I, Santiago, Universidad de Chile: 209 – 247.

_____ (2004). “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, *Derecho y Humanidades*, N° 10, Santiago, Universidad de Chile: 143 – 181.

_____ (2004). “La píldora del día después ante la Jurisprudencia”, *Estudios Públicos*, N° 45, Santiago, CEP: 43 – 89.

BARZELATTO, JOSÉ & ANÍBAL FAÚNDES (2007). *El Drama del Aborto: En Busca de un Consenso*, Santiago, LOM.

BERNAL PULIDO, CARLOS (2005). “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en E. Cáceres, I. B. Flores, J. Saldaña & E. Villanueva (eds.), *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México D.F., UNAM: 17 – 35.

CENTER FOR REPRODUCTIVE LAW AND POLICY & THE OPEN FORUM ON REPRODUCTIVE HEALTH AND RIGHTS (1998). *Womens Behind Bars. Chile's Abortion Laws. A Human Rights Analysis*. New York, CRLP.

COURTIS, CHRISTIAN & LILIAN SEPÚLVEDA-OLIVA (2007). *Amicus Curiae presentado ante la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 seguido ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos*.

DOMINGO, RAFAEL (1994). “El Aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la Sentencia de 28 de mayo de 1993”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, Santiago, PUC: 273-281

Borrador para discusión

DWORKIN, RONALD (1989). “The Great Abortion Case”, en *The New York Review of Books*, Vol. 36, N° 11, New York.

_____ (1993). *El Dominio de la Vida*, Barcelona, Paidós.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO (2007). “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto”, *Revista de Derecho*, Vol. 20 N° 2, Valdivia, Universidad Austral: 95 – 130.

_____ (2008). “Concepto de Derecho a la Vida”, *Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 1, Talca, Universidad de Talca: 261 – 300.

JONAS, ROBERT E. & JOHN D. GORBY (1978). “West German Abortion Decision: A Contrast to Roe v. Wade”, *John Marshall Journal of Practice and Procedure*, N° 605, Chicago: 551 - 695

MIR PUIG, SANTIAGO (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel.

NEUMAN, GERALD L. (2006). “Casey in Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany”, en Mark Tushnet & Vicki Jackson, *Comparative Constitutional Law*, New York, Foundation Press – Thomson: 130 – 136.

SHAPIRO, IAN (2008). *Abortion: The Supreme Court Decisions 1965 – 2007*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, ALICIA (1993). *El Aborto: Una Lectura de Derecho Comparado*, México D.F., UNAM.

POU JIMÉNEZ, FRANCISCA (2009). “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, CDH Universidad de Chile: 137 – 152.

RUIZ MIGUEL, ALFONSO (2003). “El Aborto, entre la Ética y el Derecho”, *Aspectos Éticos y Legales del Aborto: La despenalización a Debate*, México D. F., INACIPE.

STEINER, UDO (1993). “La Controversia Constitucional en Alemania sobre la Regulación Penal del Aborto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 37, CEC, Madrid: 159 – 171.

SCHWABE, JÜRGEN (2003). *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (Traduc. Marcelo Anzaloa Gil), Bogota D.C., Konrad-Adenauer-Stiftung – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

TUSHNET, MARK & VICKI JACKSON (2006). *Comparative Constitutional Law*, New York, Foundation Press – Thomson

Borrador para discusión

TUSHNET, MARK (2006). “Comparative Constitutional Law”, en Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (coord.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press: 1225 – 1258.

VÁZQUEZ, RODOLFO (2006). “El Debate Sobre el Aborto”, *Revista Nexos*, Colegio de Bioética de México, México D.F.: 45 – 50.

VIAL SOLAR, TOMÁS (2004). “Homosexuales y Autonomía Sexual en la Jurisprudencia Reciente de la Corte Suprema Norteamericana: El caso Lawrence v. Texas”, *Derecho y Humanidades* N° 10, Santiago, Universidad de Chile: 235 – 249.

VIVES ANTÓN, TOMÁS S. (1985). “Valoraciones Ético-Sociales y Jurisprudencia Constitucional: El Problema del Aborto Consentido”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, N° 15, Madrid, CEC: 121 – 157.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2007). *Unsafe Abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*. Génova, WHO.

WELZEL, HANS (1956). *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Depalma.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Sentencia Roe v. Wade 410 U.S. 113 - (22/01/1973). Pronunciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. [Available at] <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html>

Sentencia BverfGE 39,1 - (25/02/1975). Pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Sentencia N° 53/1985 - (11/04/1985). Pronunciada por el Tribunal Constitucional de España. [Available at] <<http://www.ual.es/~canonico/tribunalconstitucional/1981-1985/tc1985053.htm>>

Sentencia 88 BVerfGE 203 - (28/05/1993). Pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Sentencia C – 355/2006 - (10/10/2006). Pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia. [Available at] <<http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Aborto/C-355-06.pdf#search=>>>

Sentencia 146/2007 y su acumulada 147/2007 pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de México el 28/08/2008 y publicada el 02/03/2009. [Available at] <http://ss1.webkreator.com.mx/4_2/000/000/01f/c72/ENGROSECOSSxcdO-146-07.pdf>