

L'interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali

Andrea Perin*

ABORTION IN CHILE (1874-2023): CONSTITUTIONAL AND CRIMINAL LAW PERSPECTIVES

ABSTRACT: In Chile, according to Law 21.030/2017, interruption of pregnancy is allowed on the following grounds: 1) there is a risk to the life of the pregnant woman; 2) the fetus is unviable; 3) the pregnancy resulted from rape. The current justification of abortion – otherwise sanctioned by the Chilean Penal Code of 1874 – goes beyond the regime previously imposed by the Health Code, which, while allowing therapeutic abortion from 1931, starting from 1989 forbade any action whose purpose was to cause a pregnancy interruption. During the legislative process, the Constitutional Court recognized that the fundamental rights of the woman (as a person) take precedence over the protection granted to the unborn child by the Chilean Constitution of 1980.

KEYWORDS: Chile; therapeutic abortion; voluntary termination of pregnancy; protection of nasciturus; conscientious objection

ABSTRACT: In Cile, la Ley 21.030 del 2017 consente l'interruzione di gravidanza in ipotesi di: 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale. L'attuale giustificazione dell'aborto – altrimenti sanzionato dal Codice penale cileno del 1874 – supera il regime imposto dal Codice sanitario che, pur consentendo l'interruzione terapeutica dal 1931, a partire dal 1989 vietava qualunque azione diretta a provocare un aborto. Durante il recente processo di riforma, la Corte costituzionale ha riconosciuto che i diritti fondamentali della donna (in quanto persona) prevalgono sulla protezione accordata al concepito dalla Costituzione del 1980.

PAROLE CHIAVE: Cile; interruzione terapeutica di gravidanza (ITG); interruzione volontaria di gravidanza (IVG); protezione del concepito; obiezione di coscienza

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'impianto del Codice penale: fattispecie di aborto ed esimenti (1874-) – 3. Gli interventi sul Codice sanitario: i ristretti margini di liceità dell'aborto terapeutico (1931-1989) – 4. La Costituzione del 1980 sulla via della riforma democratica (1990-2017) – 5. La Legge 21.030 del 2017 – 5.1. Profili gene-

* *Ricercatore in Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia (Via delle Battaglie, 58 – Brescia). Visiting professor, Facultad de Derecho, Universidad Andres Bello (Bellavista 0121, Providencia – Santiago de Chile). Mail: andrea.perin@unibs.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

rali – 5.2. Le tre indicazioni scriminanti – 6. L’ampliamento dell’obiezione di coscienza da parte del *Tribunal Constitucional* (2017) – 7. La promessa mancata del processo costituente (2019-?).

1. Introduzione

La disciplina in materia di interruzione di gravidanza in “*tres causales*” (L. 21.030/2017) rappresenta l’ultima tappa di un’evoluzione normativa condizionata dall’assetto costituzionale vigente dal 1980 e dalla controversa protezione da esso accordata al nascituro/concepito¹. L’attuale giustificazione/liceità dell’aborto – altrimenti sanzionato dal Codice penale del 1874 – supera il regime imposto dal Codice sanitario, che, pur consentendo l’interruzione terapeutica dalla sua introduzione nel 1931, a partire dal 1989 vietava qualunque azione la cui finalità fosse provocare un aborto.

Oggi, con la riforma del 2017, approvata all’esito di un vaglio preventivo di costituzionalità, l’interruzione di gravidanza è scriminata in ipotesi di 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale.

La possibilità per la gestante di accedere alla prestazione è però ostacolata dall’obiezione di coscienza del personale sanitario, facoltà che la Corte costituzionale ha esteso persino alle strutture sanitarie.

2. L’impianto del Codice penale: fattispecie di aborto ed esimenti (1874-)

Il Codice penale cileno del 1874 (d’ora in poi: C.p.) disciplina l’aborto come reato negli articoli 342-345 (inseriti nel Titolo VII: *Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*)², sanzionando l’interruzione di gravidanza volontaria, realizzata o acconsentita dalla gestante, e quella operata da terzi contro o senza il suo consenso.

L’aborto volontario è punito da due fattispecie. Ai sensi dell’art. 344, co. 1, C.p., «*La mujer que [fuera de los casos permitidos por la ley³] causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo*» (fino a 5 anni)⁴. Nella seconda ipotesi (aborto consentito) si applica anche l’art. 342, co. 3, C.p., in base al quale, «*El que maliciosamente causare un aborto será castigado [...]*» con la pena «*de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere*» (fino a 3 anni). Il co. 2 dell’art. 344 prevede peraltro un tipo “privilegiato” di aborto – cd. aborto

¹ Per riferirsi a «*el que está por nacer*» (art. 19, *Constitución de la República* cilena) in italiano si ricorre generalmente al termine *concepito*. Sul piano civilistico, infatti, il *nascituro* può essere *non ancora concepito*. Ad ogni modo, in questo contributo i termini *nascituro* e *concepito* vengono intesi e impiegati come sinonimi.

² Questa scelta del legislatore storico, se da un lato mostra che la criminalizzazione dell’aborto risponde anche ad una logica di controllo della natalità, dall’altra impedisce di equiparare il *concepito* alla *persona* (l’aborto non è un delitto contro la vita ma, appunto, contro «*el orden de las familias*», ed è quindi punito meno severamente). Sul punto, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *Breve reconstrucción histórica-legislativa de la Ley 21.030 que reguló en Chile la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, in L. CASAS BECERRA, G. MAIRA VARGAS (a cura di), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización*, Santiago de Chile, 2019, 93, nota 51.

³ Fra parentesi, nel testo della disposizione, la parte aggiunta dalla L. 21.030/2017, che, come vedremo, consente il rinvio espresso alle tre cause di giustificazione oggi previste dall’art. 119 del Codice sanitario.

⁴ Le pene “scalari” a cui si riferiscono le fattispecie indicate nel testo sono quantificate dall’art. 25 C.p.

honoris causa –, che applica una pena inferiore – *presidio menor en su grado medio* (fino a 3 anni) – alla gestante che «*lo hiciere por ocultar su deshonra*».

L'aborto non consentito è trattato a seconda del suo carattere violento o meno. Nel primo caso, l'art. 342, n. 1, C.p., punisce l'autore del fatto – «*si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada*» – con la pena del *presidio mayor en su grado mínimo* (fino a 10 anni). Nel secondo caso, l'art. 342, co. 2, C.p., assegna la pena del *presidio menor en su grado máximo* (fino a 5 anni), se l'autore del fatto, ancorché senza ricorso alla violenza, «*obraré sin consentimiento de la mujer*». L'art. 343 C.p. prevede inoltre che sarà punito «*con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor*» (fino a 3 anni). Quest'ultima ipotesi prevede un reato complesso assimilabile ai cd. "reati aggravati dall'evento", in cui all'atto violento doloso (ad es., percosse ai danni della donna in gravidanza) segue l'aborto "non voluto" ma quantomeno colposo (data l'evidenza/rappresentazione effettiva dello stato di gravidanza).

Una fattispecie *ad hoc* (art. 345 C.p.) è poi dedicata all'aborto commesso dal medico che, «*abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él*», per cui è previsto un aumento di pena (un grado, potendo quindi raggiungere i 15 anni, nell'ipotesi più grave) rispetto a quelle previste dall'art. 342, C.p., a seconda dei casi: con violenza; senza violenza né tuttavia consenso; col consenso della donna. Oltre alle fattispecie incriminatrici, vanno tenute a mente (vi ritorneremo) anche le regole generali in materia di cause di giustificazione e scusanti. In particolare: le scriminanti date dall'adempimento di un dovere e dall'esercizio di un diritto (art. 10, n. 10, C.p.)⁵ e lo stato di necessità (art. 10, n. 11, C.p.), che esclude la responsabilità (mancando l'antigiuridicità o la colpevolezza del fatto, a seconda delle interpretazioni) quando la condotta (l'aborto, in questo caso) è volta ad evitare un danno grave a sé o ad altri, sempre che sussistano determinate condizioni⁶.

3. Gli interventi sul Codice sanitario: i ristretti margini di liceità dell'aborto terapeutico (1931-1989)

Atteso questo quadro sanzionatorio, in virtù delle regole generali in materia di esimenti e della disciplina del Codice sanitario (d'ora in poi: C.s.), dal 1931 al 1989 in Cile era consentito l'*aborto terapeutico*⁷.

L'art. 226 C.s. del 1931 (il primo in vigore in Cile) prevedeva che:

⁵ Applicabile a «*El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo*».

⁶ «*1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa*». In dottrina, anche per altri riferimenti, cfr. J.P. CASTILLO MORALES, *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, in *Polít. crim.*, 11, 22, 2016, 40 ss.; J. WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017.

⁷ Sull'evoluzione legislativa in materia, per maggiori dettagli ed altri riferimenti: A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno*, in *Revista Derecho y Humanidades*, 10, 2004, 144 ss.; F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 78 ss.

«Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer quiere la opinión documentada de tres facultativos. / Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso por falta de facultativos en la localidad, se documentara lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente».

Secondo alcuni studi, la citata disposizione del C.s. veniva generalmente interpretata dai medici in maniera restrittiva, per cui l'interruzione di gravidanza era praticata solo qualora la gestante si presentasse in una situazione di *rischio vitale*⁸. Le informazioni disponibili mostrano comunque un aumento degli aborti volontari ospedalieri fino al 1960, con una notevole crescita dei tassi nei primi dieci anni di vigenza del C.s.⁹; nel 1938, però, si stimava che solo la metà delle donne che avevano abortito si fossero rivolte ad una struttura ospedaliera¹⁰.

Nel 1952, la creazione del Servizio Sanitario Nazionale segnò una tappa fondamentale nell'attenzione statale in favore della salute riproduttiva. Tuttavia, all'inizio degli anni Sessanta, la mortalità legata a pratiche abortive continuava ad essere elevatissima, causando fino a circa il 40% delle morti materne¹¹.

Nel 1968 entrò in vigore l'attuale C.s., il cui art. 119 stabiliva che: «Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos».

In questo modo, atteso l'obiettivo di favorire gli aborti ospedalieri (per evitare gli aborti clandestini, legati a quegli altissimi tassi di mortalità), vennero ridotti i requisiti per consentire l'interruzione di gravidanza terapeutica, attribuendo ai medici la facoltà di decidere se procedere di fronte a una situazione di rischio (presente o futuro) per la gestante¹².

Tuttavia, sul finire della dittatura militare (1973-1990), la L. 18.826, del 15 settembre 1989, riformò l'art. 119 C.s., stabilendo che: «No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto». Rispetto al regime minimo in vigore sin dagli anni Trenta, quest'intervento portò ad una riduzione ancor più drastica dell'interruzione di gravidanza "consentita". *Prima facie*, infatti, anche l'aborto terapeutico *in quanto tale* divenne illecito. Le norme generali in materia di scriminanti o scusanti continuarono ad essere applicabili, ma ad una sfera di casi clinici molto più ristretta rispetto a quella che ricomprenderebbe virtualmente tutti quelli raccomandati dalla *lex artis medica*.

⁸ T. MONREAL, *Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción*, in *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres. Hablemos de aborto terapéutico*, Santiago de Chile, 1993, cit. in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo*, 8-9, disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/> (ultima consultazione 09/01/2023).

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 9.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ MINISTERIO DE SALUD (GOBIERNO DE CHILE), *Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad*, 2018, 13, disponibile in <https://www.minsal.cl> (ultima consultazione 09/01/2023).

¹² Secondo quanto riportato anche in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 11, con l'obiettivo di favorire gli aborti ospedalieri (ed evitare gli aborti clandestini, in aumento dopo il 1961), nel 1973 il reparto di maternità dell'ospedale Barros Luco (Santiago) adottò un protocollo inteso a dare un'interpretazione più ampia possibile al C.s. del 1968. Si rinvia al documento per ulteriori dettagli.

Nelle intenzioni del legislatore storico della dittatura, l'interruzione di gravidanza sarebbe stata giustificabile solo in quanto «effetto collaterale» di un intervento davvero inevitabile e quindi scusato in base alla dottrina teologica del “duplice effetto” (*infra*)¹³.

4. La Costituzione del 1980 sulla via della riforma democratica (1990-2017)

La modifica regressiva del 1989 venne motivata adducendo che la previgente disciplina del C.s. – che, come visto, consentiva in realtà soltanto l'*aborto con fine terapeutico* – non assicurava una tutela adeguata alla vita del concepito¹⁴.

Anche con il ritorno alla democrazia, dai primi anni Novanta in poi, il dibattito pubblico e parlamentare¹⁵ circa la controversa portata dell'art. 119 C.s. post-1989 continuò a riguardare l'art. 19 della (tuttora vigente) *Constitución de la República* del 1980¹⁶ e la discussa previsione, a giudizio dei settori conservatori, di un obbligo costituzionale (implicito o indiretto) di tutela penale a favore del *nascituro*. L'art. 19, n. 1 (par. 1-2), Const., prevede che: «*La Constitución asegura a todas las personas: 1º.–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 [...]»*¹⁷

In termini generali, va ricordato che sostenere l'esistenza di *obblighi costituzionali* di tutela penale significa avallare un certo modo, per nulla scontato, di intendere il rapporto tra diritto penale e Costituzione: a quest'ultima, così ragionando, si richiede non soltanto di *limitare* l'esercizio del potere punitivo, eventualmente *legittimandolo*, ma anche di *imporre* la previsione di sanzioni penali. Il potere della Costituzione di vincolare la discrezionalità del legislatore si baserebbe sul riconoscimento di beni/interessi *sicuramente* meritevoli di tutela penale. L'obbligo costituzionale s'identificherebbe così – in termini problematici – con una *presunzione di assenza di ragioni di sussidiarietà*, un limite rigido al-

¹³ V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.826*, 103, 168, 190, disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/> (ultima consultazione 09/01/2023). Sull'impatto della dittatura nel procedere di una parte della classe medica, anche dopo il ritorno alla democrazia, v. ancora le annotazioni in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 13 ss., a proposito delle successive revisioni del Codice etico del *Colegio médico* (l'Ordine dei medici), che subì un'involuzione simile a quella del C.s. del 1968 dopo l'intervento del 1989.

¹⁴ V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.826*, cit., 8, secondo il parere tecnico che accompagnò la mozione di riforma, la disciplina del C.s. del 1968 sarebbe stata incostituzionale, posto che «l'espressione “finalità terapeutiche” [...] non ha un significato univoco né appare definita, e deve essere intesa come: “qualsiasi mezzo, elemento o pratica diretta ad ottenere il miglioramento di un paziente o a superare uno stato di salute carente di un individuo” [...]».

¹⁵ Sui diversi progetti di riforma presentati sin dal 1991, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 79 ss., 87 ss., con particolare attenzione a tre progetti di legge presentati fra 2009 e 2010, che aprirono una nuova fase del dibattito verso una disciplina dell'interruzione di gravidanza che andasse oltre la mera indicazione terapeutica.

¹⁶ Il testo fu elaborato dalla *Comisión Ortúzar*, istituita nel 1973 dalla Giunta militare di Governo e composta esclusivamente da giuristi di orientamento conservatore; i lavori terminarono nel 1978 con la predisposizione del progetto della Costituzione politica poi approvata nel 1980.

¹⁷ Così dispone anche il *Código civil* (art. 75). E l'art. 74 precisa che: «*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre [...]».*

la loro sostenibilità politica¹⁸. E ciò non vale solo rispetto agli obblighi espliciti¹⁹, ma anche di fronte al controverso riconoscimento, per via interpretativa, di obblighi costituzionali “impliciti” o “indiretti” di penalizzazione, come nel caso, secondo alcuni, della protezione accordata al concepito²⁰.

Secondo la tesi contraria alla depenalizzazione dell’interruzione volontaria di gravidanza, l’art. 19, n. 1, par. 2, Const., riconoscerebbe il «diritto alla vita» del concepito (*el que está por nacer*) alla stessa *stregua* del diritto alla vita della persona; pertanto, anche il suo «diritto a non essere ucciso arbitrariamente», e quindi *l’obbligo dello Stato di reprimere* qualunque offesa o attentato alla sua vita; quindi, qualunque fatto di aborto volontario.

Le uniche ipotesi non punibili, in ragione del riferimento esplicito alla *finalità* dell’azione proibita, sarebbero state quelle coperte dalla dottrina del “duplice effetto”; cioè i casi in cui l’aborto fosse stato conseguenza prevista ma *indesiderata, proporzionata* e comunque *inevitabile* (insostituibile con altro mezzo meno lesivo per il bene-vita sacrificato) di un intervento *legittimo* in quanto posto in essere al *fine di salvare la vita* della gestante²¹.

Come si accennava in chiusura del paragrafo precedente, fra queste ipotesi non sarebbero quindi rientrate le interruzioni di gravidanza «raccomandate» dalla prassi medica ma non «assolutamente inevitabili»²² (interruzioni spesso comunque realizzate nelle strutture sanitarie, attesa la necessità di non porre in pericolo la vita della gestante)²³.

Tuttavia, già da tempo, contro l’interpretazione più restrittiva dell’art. 19 Const. è stato rilevato che la «protezione» riservata al nascituro non contiene affatto il riconoscimento di un suo *diritto soggettivo alla vita*; quel dovere di tutela si riferisce soltanto a un «interesse oggettivo di rango costituzionale», la cui salvaguardia, non potendo essere intesa come assoluta, può e deve essere bilanciata –

¹⁸ Su questi profili, in senso critico, nel contesto di una riflessione collettiva sul processo costituente cileno, A. PERIN, I. ACKERMANN, *¿Mandatos de criminalización en la Constitución?*, in C. CABEZAS, E. CORN (a cura di), *Derecho penal y nueva Constitución*, Santiago de Chile, 2021, 93 ss.

¹⁹ La vigente Costituzione del 1980 prevede obblighi di criminalizzazione all’art. 9 (in materia di terrorismo) e all’art. 79 (in materia di responsabilità dei giudici per corruzione e abuso di funzioni).

²⁰ Come noto, la vigenza di un particolare obbligo implicito di tutela penale è stata sostenuta proprio contro la depenalizzazione dell’aborto, quando, a partire dagli anni Settanta, diversi Paesi adottarono riforme che consentivano, a determinate condizioni (termini e/o indicazioni, a seconda del modello), l’interruzione volontaria di gravidanza. Ciò spinse i settori politici e accademici più conservatori – spesso adesi a determinati valori religiosi – a ricorrere all’argomento della necessaria tutela penale della vita, quindi anche della vita del concepito. Anche per altri riferimenti, da ultimo, A. PERIN, I. ACKERMANN, *op. cit.*, 97 ss.

²¹ Il fine moralmente positivo (voluto e dovuto) porta con sé un male inevitabile (preterintenzionale): su queste basi, cfr. M.M. OSSANDÓN, *Aborto y Justificación*, in *Revista Chilena de Derecho*, 39, 2, 2012, 325 ss.; R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *¿Está el derecho penal al margen de discusiones axiológicas? A propósito de la sentencia del Tribunal constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo*, in *Revista Chilena de Derecho*, 49, 1, 2022, 180 ss. Al riguardo, M. KOTTOW, *Desde la Bioética: comienzo y final del cuerpo humano*, Santiago de Chile, 60 ss., rileva che il principio del “duplice effetto”, nato in seno alla Chiesa ma non accettato unanimemente dalla teologia cattolica, non costituisce un argomento logico, ma una giustificazione valida solo per una dottrina che preveda divieti assoluti che, in casi eccezionali, si devono trasgredire.

²² Attesa la dottrina indicata, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 183 e 190, a proposito della prima indicazione “scriminante” – il rischio vitale della gestante – ora prevista dalla L. 21.030 (*infra*, § 5).

²³ In questo senso, le affermazioni del dott. Ramiro Molina (Universidad de Chile) davanti alla *Comisión de Salud* del Senato, nel corso delle audizioni svoltesi fra agosto e settembre 2011, a proposito dei progetti di legge presentati fra 2009 e 2010 (*supra*, nt. 15), in F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 81.

dal legislatore – con altri beni e interessi concorrenti ed eventualmente prevalenti²⁴. Del resto, lo stesso art. 19, n. 1, par. 1, Const., come visto, assicura protezione al «*derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*»; pertanto, anche nei riguardi della gestante – come di qualunque altra persona –, sull'assolvimento dei doveri di cura attraverso il corretto esercizio della *lex artis* medica non può interferire alcuna minaccia o condizionamento del diritto penale.

Al di là del tenore letterale dell'art. 119 C.s. e di ulteriori riflessioni *de lege ferenda*, si trattava dunque di ragionare sui margini di applicabilità delle esimenti generali previste dal sistema penale (se possibile – cosa in sé controversa –, oltre l'intervento terapeutico abortivo *inevitabile*, a fronte di un *rischio* per la gestante tollerato dalla dottrina teologica²⁵, quindi ad es. anche in ipotesi di *grave danno per la salute*).

Due, in questo senso, le cause potenzialmente giustificanti. (1) L'aborto sarebbe stato consentito qualora *raccomandabile* in virtù della *lex artis* medica, nell'*adempimento di un dovere* o nell'*esercizio legittimo della professione* (art. 10, n. 10, C.p.), con l'obiettivo di salvaguardare la salute della gestante²⁶. (2) Inoltre, dopo l'introduzione della nuova figura di *stato di necessità* (art. 10, n. 11, C.p., in virtù della L. 20.480 del 2010), si è ritenuto che l'aborto potesse risultare scriminato (o comunque scusato) purché non vi fosse altro mezzo praticabile e meno dannoso per evitare il pregiudizio, quindi in casi di estrema urgenza e gravità²⁷.

5. La Legge 21.030 del 2017

5.1. Profili generali

Il dibattito circa il significato dell'art. 19 Const. – e il controverso bilanciamento fra i diritti della persona e la protezione del concepito – ha segnato anche il confronto pubblico e parlamentare che ha portato all'approvazione della disciplina vigente²⁸.

²⁴ A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 160 ss. Sul diritto all'integrità fisica e psichica (della gestante), quale fondamento bioetico dell'assenza di un dovere solidaristico di portare a termine una gravidanza indesiderata, A. ZÚÑIGA FAJURI, *La constitucionalidad del aborto. Presentación ante la Comisión de Constitución del Senado*, in <http://cifde.cl/testimonial/aborto/> (ultima consultazione 09/01/2023), rilevando anche che il dato letterale dell'art. 19 Const., laddove assicura protezione alla vita della persona e, separatamente, al concepito, mostra inequivocabilmente che il secondo non può essere equiparato alla prima. Analogamente, C. DONOSO SABANDO, *Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de justicia social*, in *Acta Bioethica*, 22, 2016, 162 ss.

²⁵ Il «fondamento politico della Legge 18.826 – ricorda A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 143 ss., 157 ss. – non viene dall'ordine costituzionale, ma dalla teologia morale cattolica».

²⁶ Cfr. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 146 ss., anche con riferimento al periodo storico precedente all'introduzione, nel 1931, del C.s.; H. HERNÁNDEZ, J. COUSO, *Código Penal Comentado. Libro Primero (arts. 10 a 105), Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, 2011, 265.

²⁷ Sempre che, fra le altre condizioni, si potesse inoltre ritenere rispettata quella per cui «*el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita*»: si sarebbe configurata un'ipotesi di stato di necessità "difensivo", in quanto rivolto nei confronti della fonte del «male attuale o imminente» che, a norma dell'art. 10, n. 11, C.p., si tratta di evitare. Cfr. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La píldoras del día después ante la jurisprudencia*, in *Estudios públicos*, 95, 2004, 72, nota 48.

²⁸ Cfr. di nuovo F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 87 ss., i quali rilevano che neppure il riconoscimento (dagli autori non condiviso) di un «diritto alla vita del concepito» avrebbe impedito di sostenere la legittimità

L'iter legislativo della L. 21.030/2017²⁹ iniziò nel 2015 durante il Governo della Presidente della Repubblica Michelle Bachelet³⁰. Il progetto di legge approvato dal Congresso venne però sottoposto al vaglio di costituzionalità preventivo che, come vedremo nel paragrafo successivo, portò ad una controversa modifica della parte concernente l'obiezione di coscienza (d'ora in poi: OC).

L'art. 2 della L. 21.030 modifica anzitutto l'art. 344 C.p., aggiungendo un rinvio espresso (di seguito sottolineato in corsivo) alla prima parte del co. 1., che attualmente recita quanto segue: «*La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo*».

I «casi consentiti dalla legge» sono quelli ora previsti e disciplinati dagli artt. 119 e 119-bis, C.s. (art. 1, L. 21.030), cioè le tre ipotesi generali che, in virtù della constatazione di interessi prevalenti (i diritti della gestante), consentono l'interruzione di gravidanza impedendo l'applicazione di quelle fattispecie di reato (*supra*, § 2).

L'art. 119, co. 1, C.s., stabilisce quindi che: «*Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:*

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

Fra i modelli di disciplina in questa materia, il legislatore cileno, nel lasciarsi alle spalle il divieto del 1989, ha optato per un sistema “misto” basato su tre indicazioni.

Una prima questione generale attiene alla natura delle tre esimenti. Secondo l'orientamento da condividere, comunque, si tratta di “cause di giustificazione” e non, invece, di mere “scusanti”. La natura “scriminante” delle indicazioni è data in effetti dal giudizio di prevalenza dei beni giuridici della gestante su quelli del concepito; non si tratta, insomma, di mera «inesigibilità» (logica che replicherebbe un atteggiamento paternalista nei confronti della donna³¹), ma di oggettiva assenza di anti-giuridici-

costituzionale della disciplina che stiamo per esaminare, attesa la necessità di coniugare la protezione di quel bene giuridico con la tutela dei diritti fondamentali della gestante.

²⁹ Consultabile in <https://bcn.cl/2fd6u> (ultima consultazione 09/01/2023).

³⁰ Gli atti dell'iter legislativo sono disponibili in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 21.030*: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6701/> (ultima consultazione 09/01/2023). Interessanti annotazioni sul processo di approvazione, sulle dinamiche parlamentari e sugli equilibri politici interni al governo della Presidente Bachelet, in V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 122 ss.

³¹ Il sistema, adottando un atteggiamento “scusante”, si esprimerebbe idealmente così: *in quelle circostanze, non avresti proprio potuto agire altrimenti...per cui ti perdono*.

cità – a determinante condizione, assicurate dall'intervento del sistema sanitario – in base a giudizi di valore espressi dall'ordinamento giuridico³².

La funzione delle tre scriminanti sarebbe equivalente a quella svolta dalla meta-norma dell'art. 10, n. 10, C.p. (*supra*). Pertanto, un'interruzione di gravidanza che ne soddisfi una qualsiasi, e che sia effettuata secondo i requisiti formali stabiliti, costituirà una realizzazione virtualmente tipica, ma giustificata (non antiggiuridica), del delitto di aborto del medico (art. 345 C.p.) e della gestante (art. 344 C.p.)³³.

Trattandosi di «condizioni procedurali di giustificazione», sia i medici chiamati a diagnosticare la prima e la seconda indicazione (*rischio vitale per la gestante e incompatibilità extrauterina del feto*), sia l'*équipe* chiamata a valutare la sussistenza della terza (*violenza sessuale*), devono rispettare attribuzioni, indicazioni e termini stabiliti per legge e stendere una relazione per dar conto della sussistenza dei presupposti dell'indicazione applicabile.

Spettando al sistema sanitario la verifica delle condizioni scriminanti, non è richiesto alcun intervento dell'autorità giudiziaria³⁴.

5.2. Le tre indicazioni scriminanti

(1) La prima scriminante richiede «che la donna si trovi in una condizione di rischio vitale, tale per cui l'interruzione della gravidanza eviti un pericolo per la sua vita» (art. 119, co. 1, n. 1, C.s.).

La *ratio* sottesa a questa indicazione (perfettibile sul piano della tecnica normativa) consiste nella protezione della vita della gestante.

Sul piano formale e procedimentale, l'art. 119-*bis*, co. 1, C.s. richiede solo una «diagnosi medica» e non prevede termini né che essa sia rilasciata da uno specialista.

Sul piano sostanziale, essa potrebbe apparire tendenzialmente più stringente rispetto al previgente «fine terapeutico» che, secondo le interpretazioni più liberali, avrebbe consentito l'aborto anche quando il pregiudizio da evitare avesse riguardato la salute/integrità della gestante, ma non necessariamente la sua vita³⁵.

Fra gli altri aspetti, va annotato che: (i) l'interruzione sarà lecita anche qualora il rischio derivi da una condizione clinica soltanto aggravata dalla gravidanza; (ii) l'aborto sarà lecito, inoltre, anche qualora esistano strategie terapeutiche alternative o qualora la morte non sia conseguenza certa in ipotesi di prosecuzione della gravidanza (deve prevalere la volontà della paziente, come in qualunque altro caso); (iii) il *pericolo di suicidio*, a giudizio di alcuni, assumerebbe rilievo giustificante solo qualora derivi da una condizione clinica della gestante, non da una sua libera determinazione³⁶, ma questa soluzione nasconde un rischio di stigmatizzazione e colpevolizzazione, per cui, se il rischio oggettivamente

³² M.A. REYES, J.A. WINTER, *Panorama de la Ley N° 21.030 sobre interrupción voluntaria del embarazo*, in *Academia Judicial de Chile*, 2 ss.; F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 77 ss., 92 ss., spec. 95, sull'accezione paternalista e *machista* che assumerebbe l'idea "scusante", se applicata alla decisione di abortire, sottesa al principio di inesigibilità. Cfr. R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 177 ss.

³³ M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 2 ss.

³⁴ F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 92 ss., spec. 95-96.

³⁵ Il che spiega il rilievo sussidiario attribuibile alle "scriminanti" indicate al § 2 e in conclusione del § 4.

³⁶ Si richiede cioè che sia «affetta da qualche disabilità o disturbo mentale» (M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 17) che metta a serio rischio la sua vita.

esiste, gli si dovrebbe comunque attribuire rilievo scriminante, a prescindere da qualsivoglia ipotetica – scivolosissima – indagine sulle cause del proposito suicida³⁷.

(2) La seconda esimente riguarda l'ipotesi in cui «l'embrione o il feto sia affetto da una patologia congenita acquisita o genetica, incompatibile con la vita extrauterina autonoma, comunque di natura letale» (art. 119, co. 1, n. 2, C.s.).

L'interesse prevalente è ancora l'integrità della gestante, in tutte le sue dimensioni.

Sul piano formale, l'art. 119-*bis*, co. 2, C.s., richiede due diagnosi mediche rilasciate da specialisti, prima dell'intervento e per iscritto (tuttavia, la norma non specifica la specializzazione richiesta).

Quanto al contenuto, bastino le seguenti precisazioni: (i) nei casi di patologie/malformazioni provocate intenzionalmente dalla gestante o da terzi, il medico che effettui l'interruzione agirà comunque legittimamente, mentre il terzo sarà imputabile per delitto di aborto doloso (art. 342 C.p., eventualmente quello della gestante, *ex art.* 344 C.p.); (ii) non rilevano eventuali concorsi "colposi" della gestante (l'auto-aborto colposo non è previsto come reato); (iii) medici che rilascino false diagnosi saranno imputabili *ex art.* art. 345, C.p., mentre non rileva l'errore diagnostico colposo (l'art. 345 C.p. punisce solo la forma dolosa).

(3) La terza indicazione riguarda l'ipotesi in cui la gravidanza «sia conseguenza di una violenza sessuale, a condizione che non siano trascorse più di dodici settimane di gestazione». Nel caso si tratti di una gestante «di età inferiore a 14 anni, l'interruzione della gravidanza può essere eseguita purché non siano trascorse più di quattordici settimane di gestazione» (art. 119, co. 1, n. 3, C.s.).

La *ratio* può essere individuata nella inesigibilità dell'obbligo di tollerare una gravidanza prodotta da un atto sessuale non consensuale, che costituirebbe una forma di tortura³⁸. Sullo sfondo, quindi, troviamo ancora l'integrità e la salute, in tutte le due dimensioni, e l'autonomia della donna³⁹.

Formalmente, l'art. 119-*bis*, co. 3, C.s. richiede che venga costituita un'*équipe* sanitaria al fine di verificare che la gravidanza sia stata il prodotto di violenza e che non siano state superate le dodici o, se del caso, le quattordici settimane di gestazione⁴⁰. Se la gestante è minorenni, il responsabile del centro ospedaliero deve sporgere denuncia al Pubblico Ministero, alla polizia o a un Tribunale di garanzia competente (artt. 369 C.p., 175-d e 200 C.p.p.), nonché notificare il fatto al Servizio Nazionale per i minori. Se invece la gestante è maggiorenne e non ha denunciato il reato, lo stesso responsabile è tenuto soltanto ad informare il Pubblico Ministero.

³⁷ Dovrebbe comunque sempre valere il criterio medico: se c'è fondato pericolo, l'aborto è lecito come in qualunque altro caso. D'altra parte, in un sistema di *indicazioni tassative*, la soluzione più ragionevole appare quella di "liberalizzare" del tutto questa indicazione, consentendo che basti constatare il rischio di suicidio (come tale dichiarato dall'interessata) per accedere all'interruzione di gravidanza, così da evitare incentivi perversi (ad es. atti auto-lesivi) e di far ripiombare la gestante nella tentazione dell'aborto clandestino o comunque non assistito dal Sistema Sanitario.

³⁸ A. ZÚÑIGA, *La constitucionalidad del aborto*, cit.; con l'avvertenza di non intendere detta *inesigibilità* in senso paternalistico, ma come ragione oggettivamente giustificante.

³⁹ Al riguardo, v. ad es. A. MONTERO VEGA, *Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 115 ss.

⁴⁰ L'*équipe* può essere un organo permanente dell'istituto ospedaliero oppure può essere costituita *ad hoc* per un caso specifico. La legge non fissa regole per la sua costituzione o le sue modalità di funzionamento. Né disciplina la procedura di risoluzione delle controversie tra i suoi membri.

Quanto alle condizioni per questa indicazione, il C.s. stabilisce che si deve trattare di «*violación*», concetto al quale appaiono riconducibili: (i) il delitto di «*violación*» di cui all'art. 361 C.p. (accesso carnale non consentito), nonché quello commesso contro una minore di quattordici anni, punito dall'art. 362 C.p.; (ii) qualunque abuso sessuale⁴¹; (iii) il delitto di «*estupro*», cioè l'accesso carnale commesso nei confronti di una persona con più di quattordici anni ma ancora minorenni, punito a determinate condizioni indicative dell'assenza di un consenso pieno all'atto, ai sensi dell'art. 363 C.p. Ad ogni modo, la questione dell'esatta definizione dei reati idonei ad integrare l'indicazione appare più virtuale che reale, poiché è da escludere che a un'*équipe* medica possa essere richiesto di determinare, non solo la fattispecie ipoteticamente integrata, ma anche se reato c'è stato. Dovrebbe quindi bastare, come criterio generale, che appaia credibile/verosimile che la gestante abbia subito una violenza sessuale, nel senso più ampio possibile; cioè che dichiari che la gravidanza è prodotta di un atto sessuale avvenuto senza il suo (pieno) consenso. Appare comunque discutibile, in questa terza ipotesi, la scelta di obbligare la gestante che intenda accedere alla prestazione sanitaria a subire anche lo scrutinio di un'*équipe* medica.

6. L'ampliamento dell'obiezione di coscienza da parte del Tribunal Constitucional (2017)

Soffermiamoci ora sulle questioni di costituzionalità sollevate durante l'iter legislativo mediante due ricorsi al *Tribunal Constitucional* (d'ora in poi: TC)⁴², il quale, all'esito del vaglio preventivo, con sentenza del 28 agosto 2017 ha stabilito la generale costituzionalità del progetto di Legge (d'ora in poi: p.d.L.), salvo in materia di obiezione di coscienza⁴³.

Il TC si muove fra le seguenti coordinate costituzionali: 1) la protezione del concepito, di cui all'art. 19, n. 1 (par. 1-2), Const.⁴⁴; 2) il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni arbitrarie⁴⁵; 3) la

⁴¹ M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 23.

⁴² Il TC, nell'ordinamento cileno, può svolgere anche un penetrante controllo preventivo di legittimità costituzionale (ai sensi degli artt. 92 ss. Const., spec. art. 93, n. 3), ragion per cui, criticamente, è stato percepito come una sorta di terza camera politica, espressione della volontà del costituzionalismo autoritario storico di ostacolare qualunque istanza riformista che intenda allontanarsi dal modello del 1980. Cfr. ad es. *infra*, nota 70. Eloquenti, al riguardo, le affermazioni di Jaime Guzmán Errázuriz (costituzionalista al servizio del regime militare e membro della *Comisión Ortúzar*, redattrice della Const. del 1980), sull'obiettivo – in buona parte raggiunto – di «*neutralizar la agencia política del pueblo*»; circoscrivere cioè un terreno costituzionale che, «qualora arrivino a governare gli avversari», faccia sì che «si vedano costretti a seguire una linea d'azione non tanto diversa da quella che uno desidererebbe», facendo cioè in modo «che – si perdoni la metafora – il margine di alternative che il campo effettivamente impone a chi ci gioca sia sufficientemente ridotto da rendere estremamente difficile agire altrimenti»: J. GUZMÁN E., *El camino político*, in *Rev. Realidad*, 1, 7, 1979, 19.

⁴³ Trib. Const., Rol 3729-17, 28 agosto 2017 (d'ora in poi: TC-2017), disponibile anche in <https://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 12/01/2023). Per alcuni commenti di diverso orientamento, cfr., da una parte, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *Comentarios relativos a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres casuales*, in *Anuario de Derecho Público*, 2018, 125 ss.; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 121 ss., 133 ss.; dall'altra, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 173 ss.

⁴⁴ TC-2017, cit., 21 ss.

⁴⁵ TC-2017, cit., 30 ss.

libertà di coscienza e il diritto ad esercitare la professione sanitaria⁴⁶; 4) l'autonomia dei corpi intermedi⁴⁷.

La sentenza si articola in due capitoli⁴⁸: il primo a proposito delle tre indicazioni "scriminanti"; il secondo sull'obiezione di coscienza⁴⁹. Fra gli altri profili di interesse, vale la pena porre l'accento su quelli riguardanti lo statuto del nascituro, le facoltà del legislatore, i diritti fondamentali della donna e l'obiezione di coscienza⁵⁰.

Quanto alla prima parte, il TC ritiene non fondate tutte le questioni. I ricorsi, presentati da alcuni esponenti conservatori del Congresso, sostenevano che la previsione delle tre ipotesi di aborto lecito e l'istituzione delle rispettive prestazioni sanitarie avrebbero violato l'*obbligo costituzionale di tutela della vita del nascituro* (art. 19, n. 1, Const.)⁵¹.

Rispetto a questo presunto obbligo di tutela penale, la sentenza esprime un mutamento radicale di orientamento rispetto a quanto asserito dallo stesso TC quando, a proposito della pillola abortiva, aveva stabilito che il concepito godeva di un diritto alla vita, costituzionalmente garantito e di carattere assoluto⁵². Questa volta, il TC abbandona il dogma dell'equiparazione fra concepito e persona (considerando 40) e afferma che la protezione del nascituro incontra un limite nella tutela dei diritti della donna, che devono prevalere (c. 79)⁵³. Il TC chiarisce inoltre che l'art. 19 Const. non prevede alcun obbligo di sanzione penale dell'aborto; il legislatore resta libero di stabilire come tutelare l'esistenza prenatale (cc. 32 e 92)⁵⁴. Insomma: la decisione di disciplinare l'interruzione di gravidanza risponde ad un'opzione legislativa costituzionalmente legittima (cc. 10, 88, 89, 103)⁵⁵.

Il ragionamento di questa prima parte si completa con la specificazione degli interessi prevalenti, cioè i diritti della donna come *persona* e come *paziente*. Quanto al secondo profilo⁵⁶, il TC ricolloca

⁴⁶ TC-2017, cit., 32 ss.

⁴⁷ TC-2017, cit., 35 ss.

⁴⁸ Approvati a maggioranza: sei voti favorevoli contro quattro, la prima parte; otto contro due, la seconda.

⁴⁹ TC-2017, cit., 44 ss.

⁵⁰ Per maggiori dettagli e argomenti circa i medesimi profili, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 125 ss.

⁵¹ Sulle tesi contenute nei ricorsi presentati dai deputati e dai senatori della destra parlamentare, per tutti i riferimenti, cfr. Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 128; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 125 ss., 133 ss.

⁵² Sentenza del TC, 740-2007. Al riguardo, cfr. ancora V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 132-133; Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 130.

⁵³ TC-2017, cit., 103. Già la sentenza della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, nel caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del 28 novembre 2012, negò che il *concepito* fosse *persona* ai sensi dell'art. 4.1 della *Convención Americana de Derechos Humanos* («derecho a la vida»).

⁵⁴ TC-2017, cit., 110. Sul punto, per la tesi infine accolta dal TC, v. la relazione di V. UNDURRAGA VALDÉS, *Presentación ante Comisión de Salud del Senado. Proyecto que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales (Boletín N. 9895-11)*, 18 luglio 2016, criticando anche la pretesa del legislatore storico, contraria al principio della *ultima ratio*, di incentivare la prosecuzione della gravidanza per mezzo della minaccia e del simbolismo troppo spesso associato all'esercizio del potere punitivo.

⁵⁵ TC-2017, cit., 108 ss. Su questi profili, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 131 ss.

⁵⁶ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 136, osserva come curiosamente il TC si soffermi molto su aspetti che non dovrebbero sollevare dubbi. Nel c. 35, ad es., leggiamo: «[...] *la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1 inciso 1° y 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho (artículo 1) N° 9), a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°). La mujer es,*

l'intervento abortivo nell'alveo delle prestazioni sanitarie e dell'autonomia di chi le riceve: chiarendo che «la maternità è un atto volontario, non un'imposizione dello Stato ad ogni costo» (c. 47); riconoscendo l'autonomia della donna quanto alle decisioni legate alla gravidanza (c. 99); ricalcando che sulla protezione del concepito prevalgono i diritti della gestante (c. 79)⁵⁷; e sottolineando, in merito alla terza indicazione, che la donna non deve sopportare il peso degli effetti della violenza subita e che le convenzioni internazionali impongono allo Stato di adottare misure volte a evitare violenze fisiche, sessuali e psicologiche nei suoi confronti (c. 109)⁵⁸.

In sintesi, il TC giunge ad assicurare che la disciplina dell'interruzione di gravidanza per le tre indicazioni previste non configura un nuovo diritto all'aborto né un privilegio, ma s'inserisce nell'alveo del «diritto alla tutela della salute che le donne esercitano in condizioni di parità rispetto a qualunque altra persona». Il legislatore non può imporre alle donne più oneri di quelli richiesti a chiunque altro e deve rispettare la sua autonomia, garantendole la corrispondente prestazione sanitaria⁵⁹.

La seconda parte affronta la questione dell'OC, adottando, in sede di controllo preventivo, una decisione di incostituzionalità parziale del p.d.L. e comportando un ampliamento molto rilevante del campo d'applicazione dell'istituto.

Il p.d.L., oggetto di ricorso, prevedeva che la OC potesse essere «invocata da chiunque facesse parte del personale coinvolto nell'interruzione di gravidanza che si trovasse nel reparto al momento dell'intervento» (art. 1, n. 3, p.d.L: la OC avrebbe quindi avuto carattere strettamente personale, mai istituzionale), anche trattandosi di personale sanitario del sistema pubblico, ma a condizione che l'intervento medico potesse essere rinviato, qualora si trattasse della *prima indicazione*, e soltanto se la scadenza del termine non fosse imminente, nel caso della *terza*.

Questo regime è modificato dal TC, che interviene (i) sulle disposizioni che attribuivano la facoltà di invocare l'OC solo alle persone fisiche (personale medico o tecnico del reparto), consentendo invece l'OC istituzionale, e (ii) su quelle che la escludevano in ipotesi di imminenza dei termini della *terza indicazione*, situazione in cui l'OC è ora invocabile.

L'art. 119-ter C.s., come infine approvato all'esito dell'esame di costituzionalità, stabilisce che: «*El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo [...] podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención [...]*».

en el lenguaje de la Constitución, una persona humana». Su quella parte della sentenza (anche i cc. 38-39), «timida» e «goffa» ma «lucida», cfr. V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto*, cit., 136.

⁵⁷ Argomento, quest'ultimo, idoneo a fornire elementi sufficienti a sostenere la costituzionalità di una depenalizzazione *molto più ampia* di quella prevista dalla L. 21.030: Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 137.

⁵⁸ TC-2017, cit., 117.

⁵⁹ Al riguardo, ampiamente, V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 134 ss., 137 ss., 140 ss., 143 ss., anche a proposito dell'opportuno richiamo del TC alla L. 20.584 (*Ley del paciente*), che riconosce – sia pur parzialmente – il valore del consenso informato quale espressione del principio di autonomia. Prima della sentenza, sull'idea di matrice kantiana per cui imporre la gravidanza significa essenzialmente trattare la donna come *strumento* e non come *fine in sé stesso*, e quindi sui limiti opponibili ai doveri di solidarietà, A. ZÚÑIGA FAJURI, *op. cit.*; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 145; per una sensibilità contraria al riguardo, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 176-177.

«La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución»⁶⁰.

Un limite rispetto alla possibilità di invocare la OC da parte del professionista sanitario resta solo rispetto alla *prima indicazione*:

«En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención».

Negli altri casi (seconda e terza indicazione), a fronte dell'OC del personale (medico o meno) di turno, si prevede che:

«[...] el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia»⁶¹.

Alla base del ragionamento che porta a questo regime, asserisce il TC che l'OC trova riparo nella «dignità delle persone che – singolarmente o in associazione con altri –, rifiutano di partecipare a determinate attività [...] per ragioni etiche, morali, religiosi, professionali, o altre di rilevanza qualificata» (c. 131)⁶².

Su questo punto – si è rilevato –, discostandosi notevolmente dalla tradizione comparatistica, il TC rende indistinguibili i confini tra OC e mera «libertà ideologica»⁶³. Basandola «non solo sulla tutela delle convinzioni religiose e morali, ma anche sulla libertà di associazione e sulla tutela dell'autonomia dei gruppi intermedi», si stravolgono i fondamenti dell'OC⁶⁴.

Circa la sua titolarità, il TC sostiene quindi che non vi sarebbe «alcun motivo giuridico per limitare l'obiezione di coscienza alle persone fisiche che esercitino la professione sanitaria; anche chi non lo è potrebbe avere legittime remore in coscienza» (c. 135)⁶⁵.

Oltre all'imperscrutabile nesso fra la dignità personale e la riscrittura del p.d.L. mediante l'inserimento dell'OC istituzionale⁶⁶, l'assenza di criteri chiari e restrittivi idonei a distinguere quali convinzioni possano giustificare l'OC e quali no – è stato osservato – è assai «inquietante». Atteso il ragionamento del TC, infatti, «per giustificare il rifiuto di porre in essere qualsiasi comportamento

⁶⁰ La contraddittoria redazione della disposizione (della seconda parte attesa la prima) si spiega in quanto il TC può, nel dichiarare che una norma è contraria alla Costituzione, procedere operando una “ablazione” totale o parziale della stessa, ma non può riscriverla. Il TC ha pertanto soppresso le parole «in nessun caso» dalla disposizione del p.d.L. che originariamente prevedeva che la «obiezione di coscienza è personale e in nessun caso può essere invocata da un'istituzione». Al riguardo, criticamente, V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 122, nota 3.

⁶¹ V., *infra*, nota 69.

⁶² TC-2017, cit., 128.

⁶³ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 138-139.

⁶⁴ V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 146 ss., 150, anche sulla successiva sent. del TC, Rol 5572-18-CDS, dove si torna a ricondurre l'OC alla tutela dei gruppi intermedi e alla libertà di associazione.

⁶⁵ TC, cit., 129-130.

⁶⁶ Esito duramente criticato anche da V. TORRES JELDES, *La despenalización del aborto en tres causales bajo una perspectiva humanista cristiana*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 67-68.

per legge doveroso [...] potrebbe essere invocata non solo una convinzione religiosa o ideologica, ma anche qualsiasi altra preferenza, desiderio, capriccio e persino un motivo discriminatorio individuale o istituzionale»⁶⁷.

Ad ogni modo, «benché lo Stato sia obbligato a rispettare la libertà di coscienza di tutti i cittadini, è obbligato anche a rispettare equamente i diritti che spettano ai medesimi e a farli rispettare»⁶⁸. Ampliando i margini dell'OC come fa il TC, però, si consente che, nella pratica, l'autonomia delle gestanti (in circostanze che possono essere drammatiche) resti – come difatti accade – subordinata alle decisioni corporative di ospedali, cliniche, università e personale sanitario, anche a prescindere dal fatto che si tratti o meno di conflitti di coscienza rilevanti⁶⁹.

Insomma, a dispetto dei diritti fondamentali, sessuali e riproduttivi, teoricamente assicurati nella prima parte della sentenza, l'esito della seconda in materia di OC finisce col pregiudicare notevolmente l'autonomia e la pari dignità delle donne⁷⁰.

7. La promessa mancata del processo costituente (2019-?)

Anche il TC ha comunque riconosciuto che l'attuale Costituzione non impedisce al legislatore di consentire l'interruzione volontaria di gravidanza a determinate condizioni idonee a garantire, prevalendo gli interessi della persona (la gestante), un *qualche grado* di protezione al concepito. Tuttavia, atteso l'esito descritto, era prevedibile che, nel nuovo scenario politico-costituente scaturito dalle rivolte sociali che dall'ottobre 2019 hanno attraversato il Cile⁷¹, la questione finisse nuovamente al centro del dibattito pubblico.

⁶⁷ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 140.

⁶⁸ F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 97.

⁶⁹ Questo scenario è denunciato dal report giornalistico di G. PIZARRO, *Todos los obstáculos y presiones que impiden a las mujeres acceder al aborto por tres causales*, in *Ciper Chile*, 04.09.2018, dove si mostrano le cifre di medici obiettori comunicate al Ministero della Salute a un anno dall'entrata in vigore della L. 21.030 e l'incapacità di garantire la prestazione sanitaria teoricamente assicurata dal C.s. anche all'interno delle strutture ospedaliere pubbliche. Nell'ottobre 2018 è stato pubblicato il *Reglamento del Ministerio de Salud* che disciplina l'esercizio dell'OC ai sensi dell'art. 119-ter C.s. (disponibile in: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/03/Reglamento-IVE.pdf>). Nel *Titulo III* si stabilisce che l'OC istituzionale non potrà essere invocata dalle strutture pubbliche, ma neppure da quelle private rispetto alle prestazioni ostetriche e ginecologiche comprese fra quelle "convenzionate" e che per loro natura debbano essere assicurate all'interno della struttura medesima (art. 13, co. 2).

⁷⁰ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 141. Non trovando una base costituzionale rilevante, l'intervento del TC rappresenta – anche in questa occasione – «un'ingerenza difficilmente accettabile nell'esercizio della deliberazione democratica»: così, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 99-100; in termini equivalenti, V. TORRES JELDES, *op. cit.*, 68.

⁷¹ Ci si riferisce alle rivolte sociali esplose il 18 ottobre 2019, cui seguì l'*Acuerdo por la paz social y la Nueva Constitución* siglato il 14 novembre 2019 dalla maggioranza delle forze politiche rappresentate nel Congresso. L'accordo diede inizio al processo costituente e, con la promessa di superare – con la *Constitución Política* del 1980 – il modello neoliberale imposta dalla dittatura di Pinochet, alla progressiva ricomposizione dell'ordine pubblico. La L. 21.200, del 24 dicembre 2019, riformò il Cap. XV della vigente *Const.* (artt. 127 ss.) e stabilì la disciplina della fase costituente conclusasi con un drammatico arresto – come si dirà a breve – il 4 settembre 2022. La storia, cronologica e documentale, dell'intercorso processo costituente (2019-2022) è disponibile in: <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/propuesta-2022> (ultima consultazione 15/02/2023).

La proposta per una “nuova costituzione” presentata il 4 luglio 2022 ha cercato così di riflettere una sensibilità culturale crescente – e da alcuni imprudentemente percepita come dominante nel Paese – nei confronti delle questioni di genere.

Facendosi interprete di quelle istanze, l’art. 61 del testo sottoposto a referendum popolare di approvazione prevedeva quanto segue:

- «1. *Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.*
2. *El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones.*
3. *La ley regulará el ejercicio de estos derechos.*
4. *El Estado reconoce y garantiza el derecho de las personas a beneficiarse del progreso científico para ejercer de manera libre, autónoma y no discriminatoria estos derechos».*

Questa disposizione, mettendo al centro la *libera (autonoma e informata) disposizione del proprio corpo* da parte della gestante e garantendo espressamente un *diritto all’aborto*, precisava che l’interruzione di gravidanza avrebbe dovuto essere disciplinata dal legislatore; eventualmente, quindi, oltre le tre ipotesi scriminate dalla riforma del 2017.

La proposta per una “nuova costituzione”, sottoposta all’approvazione popolare, è stata però respinta all’esito del referendum celebratosi, con voto obbligatorio, il 4 settembre 2022 (l’opzione *rechazo* ha raggiunto il 62%).

Una nuova fase costituente, avviata da un ulteriore accordo siglato da diverse forze politiche il 12 dicembre 2022 (cd. *Acuerdo por Chile*), è ora in corso⁷²; ma non è possibile, allo stato, prevederne gli esiti.

Ad ogni modo, nonostante l’attuale incertezza e vigente la Costituzione del 1980, pare auspicabile a chi scrive che la discussione pubblica, accademica e parlamentare in materia di aborto prosegua al fine di consentire l’esercizio effettivo dei diritti riconosciuti dal TC (nella prima parte della sentenza esaminata) e quindi nell’ottica di un futuro superamento della mera depenalizzazione in “*tres causas*” e della disciplina in materia di OC prevista dalla Ley 21.030 del 2017⁷³.

⁷² L’annuncio è disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=presidentes-del-senado-y-de-la-camara-anuncian-acuerdo-para-un-nuevo-proceso-constitucional> (ultima consultazione 15/02/2023).

⁷³ Depongono a favore di un regime di termini (a prescindere dalle indicazioni) alcuni spunti accennati, in particolare, nelle note 37 e 57, circa l’opportunità e la costituzionalità, rispettivamente, di una depenalizzazione più ampia rispetto a quella vigente. A proposito del p.d.L. n. 12038-34 – già archiviato e quindi non più in discussione –, che, in questo senso, prevedeva la depenalizzazione (atipicità in senso stretto, non mera “giustificazione”) dell’aborto volontario, a prescindere dai motivi, entro la quattordicesima settimana di gravidanza, ci si può comunque confrontare con F. LONDOÑO MARTÍNEZ, *Sobre la despenalización del aborto en régimen de plazo: velo de ignorancia, persona y libertad*, in *Humanitas*, 97, 2021, 276 ss., il quale, rievocando la posizione della dottrina cattolica (l’assunzione del *concepito* come *persona* titolare del diritto alla vita), propone un provocatorio

Special issue

esercizio critico basato sulla «teoria della giustizia» di J. Rawls, invitando il lettore a – cercare di – porsi *al di qua* del famoso «velo d'ignoranza». Cfr. i contributi cit. *supra*, note 24 e 59.

