



El Aborto En Chile Y En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Alumna: Lia Andrea Muñoz Soto

Profesor Guía: Claudio Marcelo Troncoso Repetto

Santiago de Chile, 2023

Índice

Introducción	2
Prólogo	3
Concepto De Aborto	3
Bien Jurídico Protegido Y Niveles De Protección Penal De La Vida Humana	4
Primera parte: El aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	10
Marco General: Derechos en conflicto	11
La protección de la vida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Vida del Nasciturus	13
Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)	14
Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	16
Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)	18
Convención Americana de los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (CADH)	21
Límites a la protección del derecho a la vida del nasciturus: Los Derechos Humanos de las Mujeres.	26
Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD)	29
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	34
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	42
La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)	46
Segunda parte: El Aborto en Chile	49
Marco General: La realidad práctica del aborto en Chile	50
Legislación: El aborto en Chile en las leyes vigentes	55
Evolución histórica de la regulación del aborto	57
Compatibilidad de la regulación histórica chilena con el Derecho Internacional	71
Ley N° 21.030 que despenaliza el aborto en tres causales	74
Compatibilidad de la actual regulación chilena con el Derecho Internacional	88
Proyección de la regulación en Chile:	90
Conclusión	95
Bibliografía	99

Introducción

El aborto ha sido siempre y seguirá siendo un tema humanamente controversial. La problemática principal recae, como es de esperarse, en la preponderancia entre los derechos de las mujeres gestantes y el nasciturus (concepto que se utilizará en este trabajo para referirnos al no nacido tanto en su etapa embrionaria como fetal).

El objeto de esta memoria, es la construcción de una perspectiva del aborto desde lo tratado por el sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cómo este se podría aplicar en Chile. Para esto, se estructurará la memoria de la siguiente manera:

La primera parte “El aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” hace un repaso por los principales instrumentos de derechos humanos suscritos por Chile, analizando, en primer lugar, la protección del derecho a la vida, y si éste alcanza al nasciturus o no; y, en segundo lugar, el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos de las personas y qué alcance tienen frente a los derechos del nasciturus.

La segunda parte “El Aborto en Chile” hace un estudio del desarrollo del aborto en el país, donde se analizará la evolución histórica de la figura, las distintas legislaciones que hemos tenido al respecto, los proyectos de ley, incluyendo la propuesta de Convención Constitucional del 2022, y la compatibilidad de todo esto con lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos.

Para finalizar, en la Conclusión, se expone el criterio del sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al aborto provocado, la evolución de la legislación de la conducta en Chile y se hace entrega de una propuesta de legislación que podría lograr un consenso entre la costumbre legislativa y la evolución natural de la regulación del aborto en Chile, con lo propuesto por el sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Prólogo

Concepto De Aborto

Definir aborto para este trabajo posee ciertas dificultades que se deben afrontar. Su primera característica es que como concepto, es un término médico antes que jurídico.

Partiendo de ahí, y teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 21 de nuestro Código Civil, se procederá primero con de la definición médica de aborto y sus clasificaciones, para luego definir el concepto que se utilizará finalmente para estudiar su carácter jurídico.

Al respecto, en el año 1969 la Organización Mundial de la Salud se refirió al aborto de la siguiente manera: “En el lenguaje médico, se entiende por <<aborto>> la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable, es decir, capaz de llevar una vida extrauterina independiente (...)”¹. Partiendo de esa definición, el mismo documento se refiere a una primera clasificación: “El aborto puede ser espontáneo o provocado. Se entiende por aborto provocado el resultante de maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo; todos los demás abortos se consideran espontáneos, aun cuando en ellos intervengan causas externas tales como traumatismos o enfermedades transmisibles.”²

Sin embargo, esta definición ha demostrado estar incompleta para su practicidad en el mundo jurídico, ya que, a pesar de señalar la causa y consecuencia, falla en el marco temporal: Sólo señala hasta cuando una maniobra practicada deliberadamente para la terminación del embarazo se consideraría aborto (la línea de la viabilidad fetal); pero no señala *desde cuándo*.

Es por esta razón que, para 1994, la OMS actualizó su definición de aborto, señalando que es “la interrupción de un embarazo *tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio* antes de que haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente.”³

Sumando esta nueva definición de aborto otorgada por la OMS, con la clasificación previa, se puede definir “aborto provocado” como: ***la interrupción del embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto sea viable, resultante de maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo.***

Con esta definición médica del aborto, se puede proseguir con su carácter jurídico.

¹(Organización Mundial de la Salud, 1970, pág. 6)

²(Organización Mundial de la Salud, 1970, pág. 8)

³ (Anónimo, 2015, pág. 1)

En el derecho chileno, el aborto provocado se encuentra tipificado como **delito**, encontrándose en la primera sección del Título Séptimo de nuestro Código Penal (*Crímenes y Delitos Contra el Orden de las Familias, Contra la Moralidad Pública y Contra la Integridad Sexual*), artículos 342 y siguientes.

Esta caracterización del aborto provocado como delito es compartida en el derecho comparado, aunque con distintos niveles.

Pero, **¿por qué se tipifica como delito?**

Esto tiene relación con el concepto de Derecho Penal de “bien jurídico protegido” y los niveles de protección penal de la vida humana.

Bien Jurídico Protegido Y Niveles De Protección Penal De La Vida Humana

Respecto al concepto de “bien jurídico protegido”, Matus y Guzmán señalan lo siguiente:

“Toda legislación ha de ser dictada, en nuestro régimen constitucional, con algún propósito útil, pues la existencia y actividad del Estado se justifica constitucionalmente por encontrarse al servicio de las personas y propender al bien común, como señala el Art. 1º, inc. 4º CPR. El Derecho penal, como ordenación de rango inferior producto de la actividad estatal, también ha de tener ese propósito. Si, además, se admite un reconocimiento siquiera débil del principio de proporcionalidad, el establecimiento de limitaciones a la libertad mediante normas penales sólo puede considerarse legítimo cuando tales limitaciones son necesarias para proteger derechos, libertades e instituciones constitucionalmente reconocidos.

*En consecuencia, esos derechos, libertades e instituciones reconocidos en la Carta Fundamental constituyen los **bienes jurídicos** que legítimamente pueden proteger las normas penales. (...)*⁴

Respecto al aborto provocado, entendiéndose éste como delito, el bien jurídico que se debe analizar es el **derecho a la vida humana**. Este bien jurídico, en principio, se encuentra estipulado en el artículo 19, n° 1, inciso primero de nuestra Constitución Política de la República actualmente vigente: “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”

Sin embargo, este enunciado, a pesar de referirse inequívocamente al derecho a la vida, no es aplicable a toda forma de “vida humana”, sino sólo a aquella vida humana que la Constitución considera “persona”. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional ROL

⁴ (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2017, pág. 27)

3729-2017, de fecha 28 de agosto de 2017 señala: “Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. (...)”⁵.

Por otro lado, el mismo artículo 19, en su inciso 2° estipula: “La Ley protege la vida del que está por nacer”, por lo que, a pesar de no encontrarse protegido de la misma manera que la vida humana de la persona nacida, el nonato tiene protegido legalmente su derecho a la vida.

¿Cómo se manifiesta la protección de este bien jurídico en el Derecho Penal?

Al hacer un análisis integral del sistema penal chileno, se puede concluir que la “vida humana” como bien jurídico se encuentra protegida en 3 niveles distintos:

“El primer nivel de protección de la vida humana corresponde a los delitos de homicidio (en las distintas formas que pueda asumir dentro del desarrollo de los tipos en la parte especial), son ataques a la vida humana independiente. El criterio diferenciador o cesura entre éste nivel y el segundo se encuentra en el parto o nacimiento.

El segundo nivel corresponde al delito de aborto como respuesta en sede de incriminación. Aquí el atentado está concebido contra la vida humana dependiente como objeto de ataque. Se estima mayoritariamente que la cesura que da comienzo a éste nivel se encuentra en la anidación.

Luego tenemos el tercer nivel de protección penal de la vida humana. Corresponde a los delitos surgidos respecto de la regulación de la fecundación asistida (dada la posibilidad de fecundación extracorporal). (...)”⁶

Respecto al segundo nivel de protección, que es el que se correlaciona con el delito de aborto, el profesor Valenzuela señala: “De aquí que pueda constatarse sin ningún esfuerzo mayor que la causación de la cesación de la vida antes de la anidación en ningún caso puede tener como respuesta en sede de incriminación el delito de aborto, pues es claro que el estado de la vida que se ve afectado por el uso de medicamentos (levonogestrel) se encuentra fuera de éste segundo nivel.”⁷

Esta consideración se ve confirmada con la última definición de aborto de la OMS, que declara de forma inequívoca que se considera aborto a la interrupción del embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio, demarcando claramente la línea que separa al tercer nivel de protección, con el segundo.

Sin embargo, la definición de la OMS no se puede correlacionar de la misma manera con el otro límite relevante, entre el segundo nivel de protección y el primero (de la vida humana independiente).

⁵ (Tribunal Constitucional, 2017, 40°).

⁶ (Valenzuela Saldías, 2005, 5)

⁷ (Valenzuela Saldías, 2005, 5, notas a pie de página)

Como ya se señaló, la definición de aborto para la OMS llega hasta la línea de viabilidad del feto. Respecto a esto, el Informe de un Grupo de Científicos sobre el aborto espontáneo y provocado señaló: “Tradicionalmente se admite que el feto es viable a las 28 semanas de embarazo, que corresponde a un peso fetal de 1000 gramos. Esta definición es puramente empírica y se basa en la observación de que los niños que no alcanzan ese peso tienen pocas probabilidades de sobrevivir, mientras que la mortalidad desciende rápidamente entre los niños de 1000 gramos o más.”⁸

Aunque esta definición es perfectamente sostenible en el ámbito médico, llevada de forma textual al ámbito jurídico, se presentan problemas, ya que la gran línea divisoria legal entre el segundo y el primer nivel de protección penal de la vida humana es el nacimiento del bebé. Así se entiende en Chile, con la definición de persona del artículo 74 del Código Civil, que señala: “La existencia legal de toda persona **principia al nacer**, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

Relacionado con lo anterior, el fallo de la Excma. Corte Suprema, respecto a maniobras médicas, Rol n° 6229-2006 estipula que la voz “otro” a la que se refiere el delito de homicidio en el Código Penal (“(...) *el que mate a otro*”), se refiere a “una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada, lo que (...) remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente.

No responde conceptualmente a tal exigencia el feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno.”⁹

Entonces, en el caso de que se llevara la definición de aborto médica a la esfera legal, la pregunta es clara: ¿Cómo se protege jurídicamente la vida del feto viable (de más de 28 semanas de gestación), que aún no se considera como vida humana independiente para el derecho?

Debido a esto, el derecho chileno entiende el delito de aborto como: “la interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de evitar el nacimiento del feto o detener el curso natural del embarazo”¹⁰, definición otorgada por la Excelentísima Corte Suprema en el año 1963, a falta de una tipificación penal clara del delito. Esta definición otorgada por medio de la jurisprudencia, nos entrega todos los elementos del delito: la acción (interrupción, con el propósito de evitar el nacimiento del feto), el dolo (maliciosa) y el marco temporal de la protección penal del segundo nivel de protección de la vida humana (desde la existencia de “embarazo”, hasta el nacimiento).

⁸ (Organización Mundial de la Salud, 1970, 6)

⁹ (Excelentísima Corte Suprema, 2008, Considerando 10°)

¹⁰ (Palavecino Cáceres, 2014, 521)

Sin embargo, a pesar de que esta tipificación podría ser suficiente para la mayoría de los casos, esta línea divisoria entre el primer y segundo nivel de protección no es tan clara o tan aplicable en el derecho penal. Por ejemplo, ¿qué delito correspondería en el caso de que se matara a la criatura que está naciendo?

El artículo 74 del Código Civil es claro en cuanto a los requisitos del principio de existencia legal de la persona humana: la criatura debe haberse separado *completamente* de su madre, y haber sobrevivido a esa separación un momento siquiera.

Hay algunos que consideran que este espacio temporal se encontraría saneado con el delito de infanticidio, que se comprende entre las distintas formas de homicidio, *ergo* de la esfera de protección penal del primer nivel, tipificado en nuestro Código Penal, en el artículo 394: “Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las 48 horas después del **parto**, matan al hijo o descendiente”.

Así, con la definición del delito de infanticidio, se podría ubicar, en principio, la línea divisoria entre el primer y segundo nivel de protección con el parto, y no con el nacimiento definido en los términos del artículo 74 del Código Civil. Sin embargo, sigue siendo una línea divisoria poco clara, ya que, en primer lugar, para que se conforme el delito de infanticidio se requiere un requisito respecto al sujeto activo (debe ser el padre, la madre o los demás ascendientes); y en segundo lugar, el parto no es instantáneo, sino que es un conjunto de tres etapas que varían considerablemente entre una mujer y otra.

Respecto al primer punto, la incógnita ésta vez sería, ¿qué delito corresponde en el caso de que sea otra persona quien mate a la criatura que está naciendo? Esta pregunta no es sólo hipotética, ya que esta laguna en la definición ha ocasionado problemas legales en ciertos ámbitos, como en el caso de negligencia médica de los profesionales encargados de los partos, ya que, a pesar de que el delito de aborto comprende a estos profesionales de salud, la definición otorgada por la Corte Suprema a la que ya se hizo referencia se limita a las acciones dolosas, por lo que se colige que no existe el aborto por culpa. Por otro lado, el homicidio culposo sí existe, entonces definir si la criatura que está naciendo es o no vida independiente, significa que una negligencia médica que matara al naciente quedara impune o no.

Respecto al segundo punto, según la Real Academia Española, parto se define como: “el proceso por el que la mujer expulsa al feto y la placenta al final de la gestación. Consta de 3 fases: la de dilatación, la de expulsión y la placentaria o de alumbramiento.”¹¹ Estas 3 fases, además, han sido definidas de la siguiente manera:

Fase dilatatoria: Período que principia con las contracciones de la parturienta, hasta la dilatación completa del cuello uterino;

¹¹ (Definición De Parto - Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico - RAE, n.d.)

Fase expulsiva: Periodo comprendido entre la dilatación total del cuello uterino y el nacimiento del bebé.

Fase placentaria o de alumbramiento: Expulsión de la placenta y las membranas adjuntas, que sucede después de la expulsión del bebé.¹²

Respecto a los tiempos de cada una, la fase dilatoria que principia con las contracciones puede ocurrir días antes del comienzo de la fase expulsiva; y la fase de alumbramiento puede ocurrir hasta una hora después de que el bebé haya sido separado completamente de su madre.

Entonces, ¿qué delito corresponde en el caso de que se matara al feto, durante la fase dilatoria? ¿Es aborto u homicidio?; y ¿qué delito correspondería en el caso de que se matara después del nacimiento, pero antes del alumbramiento?

Estas interrogantes que en principio parecen ser rebuscadas, no dejan de crear problemas en el ámbito jurisprudencial. En el mismo caso señalado anteriormente (Excma. Corte Suprema, Rol N° 6229-2006), la sentencia de la Corte estipula que no habría delito que surgiera de las maniobras médicas negligentes que resultaron en la muerte del naciente, pero contiene un voto disidente en su considerando 21° que se refiere a esta línea divisoria entre el primer y segundo nivel de protección señalando: “Esa iniciación surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; (...) Por lo que es ineludible fijar el punto decisivo en el instante del inicio del parto, con lo que toda muerte del naciente producida durante este proceso sería subsumible en el atentado de homicidio (...)”¹³.

Siguiendo esta línea de opinión, el año siguiente a la dictación de la sentencia señalada, la misma Excelentísima Corte Suprema, resolvió en la causa Rol N° 1882-2008: ““(...) en el ámbito penal el concepto, la idea de quién es otro, ha ido adquiriendo una visión más acorde a la realidad y circunstancias del tipo penal de que se trata, así (...), es también otro el producto de la concepción, sin lugar a dudas y discusión, a lo menos en la etapa de nacimiento que se inicia con las primeras contracciones que sufre y experimenta una parturienta (...)”

La calidad de persona entonces, del “otro” a que se refiere el Código Penal, no puede apreciarse con el rigor y criterios civilistas del entramado del Código Civil, así el Derecho Penal, en la salvaguardia de la vida humana, debe ir varios pasos más adelante para su debida protección por su condición de prevención y de prohibición, y si ocurre su quebrantamiento, debe propender a la inexistencia de la impunidad.”¹⁴

¹² (Artal, n.d.)

¹³ (Excelentísima Corte Suprema, 2008, considerando 21°)

¹⁴ (Excelentísima Corte Suprema, 2009, considerando 10°)

Es menester recordar que estas sentencias no están directamente relacionadas con el delito de aborto provocado, sino que tienen que ver con negligencias médicas. Sin embargo, esta poca claridad en el límite que separa el primer nivel de protección del segundo, podría llevar a concluir que la vida de un naciente podría valer más que otra, en virtud del talento de un abogado en la Corte, ya que de esto va a depender de si la acción negligente resulta en un aborto culposo (figura inexistente en el derecho chileno) o un cuasidelito de homicidio, lo que conllevaría a que el sujeto activo fuera castigado o no.

Específicamente en la figura del aborto provocado por la misma mujer, esta diferencia interpretativa del límite entre el primer y segundo nivel de protección, resultaría en diferencias significativas respecto a las consecuencias de una acción en contra de su hijo durante la misma ventana de tiempo: Si suponemos que la madre realiza un acto con la intención de matar a su hijo, justo después de que comiencen las contracciones de la fase dilatatoria del parto, podría significar que se le condenara por infanticidio (en virtud de la relación consanguínea entre el sujeto activo o pasivo) que es castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio según el artículo 394 del Código Penal, lo que, en la práctica, resultaría en una condena desde 5 años y un día, hasta 15 años; o por aborto, en relación con el artículo 344, que resultaría en una condena máxima de 5 años (pena de presidio menor en su grado máximo). Si a esta interpretación, se le sumara que la acción en contra de su hijo fue cometida para ocultar su deshonra (artículo 344 inciso 2°), el castigo disminuiría a una pena máxima de 3 años.

En perspectiva, y sólo desde el punto de vista de la protección penal de la vida humana, esta poca claridad entre el primer y segundo nivel de protección es problemática.

De esta alarmante diferencia entre las consecuencias de una interpretación a otra, lo primero que se puede destacar, es que la protección real que se le da en Chile al que está por nacer, es claramente distinta a la de las personas ya nacidas, marcando desde ya una gran discriminación.

Pero, ¿qué pasaría si se le otorgara al *nasciturus* el mismo nivel de protección que a la vida humana independiente? ¿si fuera considerado persona desde el mismo momento de la concepción?

Es aquí donde la protección de la vida del que está por nacer entra en conflicto con los derechos humanos de las mujeres, y es el gran dilema que se expondrá en este trabajo.

Primera parte: El aborto en el Derecho
Internacional de los Derechos
Humanos

Marco General: Derechos en conflicto

Como se adelantó en la sección anterior, la figura del aborto provocado, tanto a nivel internacional como nacional, contrapone el derecho a la vida del *nasciturus* con los derechos humanos de las mujeres.

Al respecto Meza Lopehandía señala: “El aborto, en tanto acción de interrupción voluntaria del embarazo, no está tratada explícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos, ni como derecho, ni como prohibición. Sin embargo, esto no significa que el derecho internacional no diga nada al respecto. De hecho, lo hace de forma indirecta, al consagrar derechos como la vida o los derechos de la mujer, y en forma directa, a través de la evaluación de situaciones concretas que realizan los organismos y tribunales internacionales.”¹⁵

Al respecto, en primer lugar, se debe tener presente que la protección de la vida del que está por nacer no se encuentra claramente protegida en las distintas legislaciones. Hay algunas doctrinas que intentan asimilarlo a la protección que tienen las personas como vida humana independiente, pero son muy pocos los países que han llevado esto a la práctica. En la legislación chilena, por ejemplo, incluso cuando todavía se condenaba el aborto en todas sus formas (antes de la ley vigente desde el año 2017) el *nasciturus* ya no tenía la misma protección a su vida o el reconocimiento de sus derechos desde la concepción.

Esto se ve claramente con, por ejemplo, la diferencia de la protección de su vida en la Constitución a la que ya se hizo referencia, que claramente lo diferencia del resto de las “personas”; el mismo artículo 74 del Código Civil ya citado, que estipula el principio legal de las personas con el nacimiento; el artículo 75 del mismo cuerpo legal, que señala: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. (...)”; y respecto al reconocimiento de sus derechos, el artículo 77 estipula: “(l)os derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de esos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás.”

Con estos ejemplos de la regulación chilena, que hoy en día sigue siendo restrictiva respecto al aborto a nivel internacional, se puede concluir inequívocamente que, si bien la vida y los derechos del no nacido se encuentran protegidos por ley, éste no se considera

¹⁵(Meza-Lopehandía, 2016, pág. 5)

igual que la persona nacida; y la protección de sus derechos, tanto a nivel civil como penal, contempla esa diferencia en la consideración.

Entonces, habiéndose estipulado que, a pesar de que la vida del *nasciturus* se encuentra protegida por ley, ni el carácter de éste ni la protección de sus derechos equivale al de la vida humana independiente, se presenta la situación de que los derechos humanos de las mujeres de las que la existencia del que está por nacer depende, se pueden encontrar vulnerados.

Relacionado con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado: “En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional”¹⁶

La existencia de este conflicto contempla numerosas situaciones: La primera de ellas, y la paradigmática para esta discusión, es la que surge de la existencia del aborto terapéutico, por ejemplo, que contrapone la vida de la mujer con la vida del que está por nacer. Pero también se encuentra al dilema que surge de la obligación de continuar con un embarazo, que afecta la integridad física y psíquica de las mujeres, cuando el feto es inviable; o la vulneración de este mismo derecho con la obligación de gestar el producto de una violación.

Sumado a los ejemplos anteriores, se deben considerar otros derechos humanos de las mujeres, que no se encuentran en la misma esfera de gravedad que la vida o integridad física y psíquica, como son los de autonomía, igualdad y libertad. Frente a estos derechos, la discusión de la legitimidad del aborto se centra en decidir si estos derechos valen más o deben ser más protegidos que el de la vida del *nasciturus*.

Respecto a esta problemática ideológica, en esta primera parte, se estudiará la protección de la vida que se le da al *nasciturus* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cómo se podría encontrar limitado por la protección en la misma sede de los derechos humanos de las mujeres.

¹⁶ (Tribunal Constitucional, 2017, Considerando 40°)

La protección de la vida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Vida del Nasciturus

Para poder introducir esta sección, se debe tener presente el carácter que tiene la protección del derecho a la vida como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

“El derecho a la vida es reconocido como el pilar fundamental de todo el entramado de derechos humanos, tanto en el sistema universal, como en (...) los sistemas regionales. En este sentido, se puede sostener que es *ontológicamente* anterior a todos los demás derechos, pues es condición de posibilidad de existencia de aquellos.”¹⁷

Este derecho está reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos. De manera expositiva, se puede señalar: (I) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que hace un reconocimiento explícito de este derecho en su artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; (II) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 6.1 señala: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. (-) Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”; y (III) en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 4°, que señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Siguiendo esta línea, respecto de la protección del derecho a la vida y su alcance, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.”¹⁸

De manera similar, la misma CIDH señaló: “La Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.a de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su

¹⁷ (Meza-Lopehandía, 2015, pág. 4)

¹⁸ (CIDH, 1999, párr. 144)

vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.”¹⁹

Con lo anterior, entonces, se puede concluir que los principales instrumentos en los que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se basa, consideran el derecho a la vida como la base fundamental de todo el resto de los derechos humanos, y cuya protección contempla, al menos, una dimensión negativa (nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente), lo que tiene directa relación con la legislación de la pena de muerte, por ejemplo, y una dimensión positiva, que obligaría a los Estados a adoptar las medidas necesarias para proteger y preservar el derecho a la vida.

La pregunta que se presenta entonces sería: ¿cuál es el alcance de este derecho para el no nacido?

Al respecto, Meza-Lopehandía señala: “El derecho a la vida es considerado un derecho fundamental en el derecho internacional, y está reconocido en diversos tratados.

Sin embargo, no es claro desde qué momento se adquiere.

Si bien existe un deber de protección del que está por nacer, a juzgar por las observaciones y recomendaciones los organismos de control de los tratados relevantes y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **no existiría un reconocimiento a la personalidad del *nasciturus* en tanto tal**. Es más, la mencionada protección encuentra un límite claro en los derechos de la mujer, particularmente en su derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, y a la salud. (...)”²⁰

Siendo esto así, se expondrá de manera breve los principales instrumentos internacionales cuya protección del derecho a la vida podría alcanzar al *nasciturus*.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

Como ya se señaló, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece un reconocimiento explícito al derecho a la vida, pero ahora cabe analizar si esta protección alcanza al no nacido o no.

El artículo 3 establece: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (...)”, por lo que se colige que el alcance de este derecho a la vida, recae en el concepto de la Declaración de lo que se entiende por *individuo*.

El uso del vocablo “individuo” de este articulado no deja de ser curioso, ya que no se refiere de ninguna manera al alcance de esta protección en virtud del momento en que

¹⁹ (CIDH, 2015, párr. 97)

²⁰ (Meza-Lopehandía, 2015, pág. 1)

principie la existencia del sujeto de protección. Se podría entender que “individuo” se refiere a la “persona”, como entidad individual e independiente, lo que dejaría definitivamente al no nacido fuera de esta protección al ser vida humana *dependiente*; o, por otro lado, se podría referir a cualquier miembro de la especie humana, con lo que se podría concluir que, siendo el no nacido, incluso desde el momento de su fecundación, un conjunto de células con un genoma distinto al de sus progenitores, su derecho a la vida estaría protegido *de facto*.

Al respecto, la DUDH en su preámbulo señala: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de *todos los miembros de la familia humana*, (...)”. Si el enfoque se centra en la frase “todos los miembros de la familia humana”, se podría llegar a la interpretación amplia del concepto de individuo a la que nos referimos, en el que se podría alcanzar al no nacido por tener un ADN humano distinto al de la mujer gestante.

Sin embargo, el artículo 1° de la DUDH se refiere a “los seres humanos” en los siguientes términos: “Todos los seres humanos *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Este primer artículo hace una clara distinción al señalar al sujeto de estos derechos, al referirse al *nacimiento*. Siendo éste el artículo inicial de la Declaración, se podría concluir que el catálogo de derechos que le siguen, contempla el mismo criterio para el sujeto de derechos al que refieren los demás artículos.

Al respecto, Meza-Lopehandía señala: “Esta norma es relevante para la discusión en torno a la *juridicidad* de la interrupción voluntaria del embarazo, pues su tenor literal parece implicar que es el nacimiento lo que marca el momento en que surgen la dignidad y los derechos humanos. (...)”

De la revisión de los trabajos preparatorios de la Declaración, se desprende que existió una discusión importante en torno a la inclusión o no de la voz “nacen” en el mencionado artículo. (...) el debate giró en torno a dos ejes principales.

El primero de ellos, fue en torno a las implicancias filosóficas iusnaturalistas que tenía el reconocimiento del carácter innato de los derechos, (...)

El segundo tópico de discusión, (...) fue una propuesta de enmienda que buscaba eliminar la voz “nacimiento”, justamente para remarcar que los derechos humanos comenzaban desde la concepción, y no desde el mero accidente del nacimiento. Ésta última propuesta fue finalmente rechazada”²¹.

Relacionado a lo anterior, Copelon y otros han señalado: “En la Declaración Universal de Derechos Humanos, la fundación de los derechos humanos, el texto y la historia de

²¹ (Meza-Lopehandía, 2015, 5)

negociaciones respecto al “derecho a la vida” expone explícitamente los derechos humanos a partir del nacimiento.”²²

De esta manera, queda claro que, al menos al tenor de la DUDH, la protección del no nacido no estaría contemplada dentro de la protección del derecho a la vida que se le da al “individuo” en su artículo 3°.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

De manera similar a la DUDH, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece de manera explícita el derecho a la vida, en su artículo 6°, n° 1: “El derecho a la vida es inherente a la **persona** humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

A diferencia del articulado de la DUDH, el PIDCP establece de manera clara quién es el titular de este derecho (“la persona humana”), por lo que, para analizar si este derecho alcanza o no al *nasciturus*, se debe descifrar si, al tenor del Pacto se le considera persona humana o no.

Al respecto, la ONG Comunidad y Justicia ha señalado: “Si bien pudiese discutirse la efectividad de que el embrión humano es persona o no (según la tendencia cultural y jurídica de cada Estado miembro), **no cabe discusión alguna respecto de la protección que merece el individuo de la especie humana desde el momento de la concepción**”²³, atendiendo a los siguientes argumentos: Los anteriores comentarios generales en materia de derecho a la vida decretados por el Comité de Derechos Humanos nunca se ha pronunciado respecto del derecho a la vida para los no nacidos, por lo tanto es posible afirmar que los Estados son libres para extender la protección del derecho a la vida como ha sucedido con el Estado de Chile en su sistema jurídico y su tendencia jurisprudencial. Si observamos y analizamos la tendencia mundial en las legislaciones de los países miembros, encontraremos un abrumador número de países que reconocen la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción, ya sea porque explícita y derechamente reconocen dicha protección en sus constituciones y/o legislaciones o bien penalizan el aborto en general, aun cuando reconozcan ciertas excepciones. Luego, es claro que la generalidad de los miembros de la Comunidad Internacional ven al no nacido como un sujeto de derechos.”²⁴

A pesar de que esta postura fue aceptada por mucho tiempo en Chile, el juego interpretativo en este artículo está claramente parcializado en relación a la postura chilena de prohibir el aborto en todas sus formas para la fecha en que fue redactado (año 2015).

²² (Copelon et al., 2005, 1)

²³ Énfasis añadido.

²⁴ (ONG Comunidad y Justicia, 2015)

Para esa época, era cierto que la legislación y jurisprudencia chilena, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Excelentísima Corte Suprema, contaba con numerosos ejemplos que señalaban que la protección del derecho a la vida alcanzaba al *nasciturus* desde el momento de la concepción. Sin embargo, esta corriente ha cambiado drásticamente desde la entrada en vigencia de la ley que despenaliza el aborto en 3 causales, y la “tendencia cultural y jurídica” del Estado de Chile lo ha hecho aún más, al tenor de lo que se pudo ver con la propuesta de la Convención Constituyente, como se desarrollará más adelante.

A mayor abundamiento, Copelon y otros señalaron: “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) rechaza la propuesta de aplicación del derecho a la vida, protegido por el artículo 6(1), antes del nacimiento. La historia de las negociaciones (travaux préparatoires) muestra que se propuso y rechazó una enmienda que establecía: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana desde el momento de la concepción, derecho que debe ser protegido por la ley.” La Comisión votó finalmente por adoptar el artículo 6, que no hace referencia a la concepción, por 55 votos a favor, ninguno en contra y 17 abstenciones.”²⁵

Reforzando esta interpretación, el Comité de Derechos Humanos, entidad que interpreta y monitorea el cumplimiento de los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para el año 2018 señaló: “Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto²⁶. Los Estados partes **deben facilitar un acceso seguro al aborto** para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave.”²⁷²⁸

Con estos antecedentes, se puede concluir que, a pesar de que el término “persona humana” utilizado en el PIDCP para establecer el alcance de la protección del derecho a la vida, sigue siendo un término abierto a la interpretación doctrinaria, el alcance práctico de

²⁵ (Copelon et al., 2005, 114)

²⁶ Artículo 7 del PIDCP: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

²⁷ Énfasis añadido.

²⁸ (Comité de Derechos Humanos, 2018)

este articulado ha dejado fuera de su esfera de protección al no nacido, tratando alguna de las políticas restrictivas en torno al aborto como una discriminación hacia las mujeres.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), al igual que los instrumentos precedentes, estipula de forma específica la protección del derecho a la vida en su artículo 6:

“1. Los Estados Partes reconocen que **todo niño** tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible **la supervivencia y el desarrollo del niño.**”²⁹

Al igual que en los instrumentos anteriores, la problemática recae en el sujeto de estos derechos. En el caso de esta Convención, el sujeto es **el niño**, por lo que la pregunta sería ¿es el *nasciturus* un niño, para los efectos de la CDN?.

Si la respuesta fuera afirmativa, la CDN no sólo garantizaría su vida, sino que comprometería a los Estados Partes **a garantizar** su supervivencia y desarrollo.

Al respecto, la misma Convención señala, en su artículo 1°: “Para los efectos de la presente Convención, **se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad**, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Esta definición continúa siendo incierta respecto al objetivo de este trabajo: El *nasciturus* sin lugar a dudas pertenece a la raza humana, pero la interrogante vuelve a ser ¿desde cuándo se podría considerar al *nasciturus* un ser humano como tal y no una expectativa?

Es aquí donde es menester señalar que la CDN es, según Meza-Lopehandía “el primer tratado internacional, con vocación universal, en aludir expresamente a la protección de un ser humano aun antes del nacimiento (...)”³⁰ ya que el Preámbulo de la CDN señala: “Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición”³¹ en su párrafo 3°. La redacción de este párrafo da a entender que “el nacimiento” es sólo una condición por la que pasan las “personas” y no el principio de su existencia.

²⁹ Énfasis añadido por la autora.

³⁰ (Meza-Lopehandía, 2016, pág. 6)

³¹ Énfasis añadido por la autora.

Esta interpretación parece ser reforzada por lo señalado en el mismo Preámbulo, en su artículo 9º: “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, **tanto antes como después del nacimiento**”³².

Si se entiende que estas atípicas menciones en el Preámbulo son parte integrante del carácter jurídico de la CDN, parecería innegable señalar que los seres humanos son personas desde el momento de la concepción, entendiendo que el nacimiento es sólo una condición por la que se pasa y que no un evento jurídicamente relevante para la consideración del principio de existencia del sujeto de derechos, por lo que no sólo estaría garantizada su vida, sino que los Estados Partes deberían garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del *nasciturus*.

Sin embargo, se puede notar de inmediato una discrepancia significativa de esta interpretación con el espíritu de la CDN, los demás instrumentos internacionales que se contemplan en el Sistema de Derechos Humanos y con el trabajo del Comité de los Derechos del Niño.

Respecto al primer punto, el alcance de esta redacción en el Preámbulo fue ampliamente discutida en los trabajos preparatorios:

“El representante de la Santa Sede, en acuerdo con otras delegaciones, sugirió que el texto del (noveno) párrafo del preámbulo deberían enmendarse insertando las palabras, tomadas de la Declaración de los Derechos del Niño, “antes y después del nacimiento” después de las palabras “cuidado y asistencia especiales”. Varias delegaciones argumentaron en apoyo de la enmienda sobre la base de que sus legislaciones nacionales contenían disposiciones que protegían los derechos del niño por nacer desde el momento de la concepción. **Afirmaron que el propósito de la enmienda no era excluir la posibilidad del aborto**, ya que muchos países habían adoptado leyes que preveían el aborto en ciertos casos, como una amenaza para la salud de la madre. Algunas delegaciones se refirieron al hecho de que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 contenía la oración propuesta.

Otras delegaciones, sin embargo, se opusieron a la enmienda. En su opinión, este párrafo del preámbulo debería ser indiscutiblemente neutral en temas como el aborto. Afirmaron que la definición de “niño” debería estar contenida en el artículo 1 y que nada en el preámbulo debería prejuzgar o sesgar la definición formulada en el artículo 1.

(...)

³² Énfasis añadido.

En la cuarta reunión se reanudó el debate sobre la enmienda propuesta por la Santa Sede, después de la adopción del artículo 1. Varias delegaciones sostuvieron que el texto (*tanto antes como después del nacimiento*) debería eliminarse para garantizar la neutralidad del preámbulo. Un representante expresó la opinión de que, dado que **el artículo 1 se había adoptado con una redacción neutra**, la convención no debería dar la impresión de dar una interpretación diferente en el preámbulo. También se afirmó que, dado que la legislación nacional difería mucho sobre la cuestión del aborto, la convención podría ser ampliamente ratificada **solo si no tomaba partido sobre el tema**.

(...)

(...). Otros no quedaron satisfechos con la explicación de esa delegación que la enmienda era necesaria para asegurar la total neutralidad del texto, y expresaron preocupación de que el proyecto de convención se inclinaría a favor de la legalización del aborto. Volvieron a enfatizar el argumento de que el proyecto de convención debería garantizar la protección de los niños tanto antes como después del nacimiento. En respuesta, el delegado de los Estados Unidos argumentó que cualquier intento de institucionalizar un punto de vista particular sobre el aborto en el proyecto de convención haría que la convención fuera inaceptable para los países que adoptaren un punto de vista diferente. Por ello, insistió en que **el proyecto de convención debía estar redactado en tal manera que ni los defensores ni los opositores del aborto puedan encontrar apoyo legal para sus respectivas posiciones en el proyecto de convención.**³³

Respecto a lo citado, y en vista de lo expuesto en los trabajos preparatorios de la Convención, Copelon y otros señalan: “Lo anterior refleja, a lo sumo, el reconocimiento de la obligación del Estado de promover, a través de la nutrición, la salud y el apoyo a la mujer gestante, así como la capacidad del niño para sobrevivir y desarrollarse adecuadamente después del nacimiento.”³⁴

Agregan a lo citado: “tanto las negociaciones (*travaux préparatoires*) como su interpretación por el órgano creado en virtud del tratado, dejan claro que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) no reconoce el derecho a la vida sino hasta el momento del nacimiento.”³⁵

Éste órgano de interpretación señalado por Copelon y otros no se refiere específicamente al derecho a la vida del *nasciturus*, pero esta afirmación se puede dilucidar sobre la postura del Comité hacia el aborto y el rechazo de las prácticas abortivas peligrosas:

³³ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2007, 285) Traducción de la autora.

³⁴ (Copelon et al., 2005, pág. 115)

³⁵ (Copelon et al., 2005, pág. 114)

“31. Los niños y adolescentes deben tener acceso a la información sobre el daño que puede causar un matrimonio y un embarazo precoces y las que están embarazadas deberían tener acceso a los servicios de salud que sean adecuados a sus derechos y necesidades particulares. Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y **las prácticas de aborto peligrosas**, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. Las jóvenes madres, especialmente cuando no disponen de apoyo, pueden ser propensas a la depresión y a la ansiedad, poniendo en peligro su capacidad para cuidar de su hijo. El Comité insta a los Estados Partes a: a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, **incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley**, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia; (...).”³⁶

Con lo señalado, es evidente que, a pesar de que se intentó comprender al *nasciturus* dentro del concepto de “niño” con lo citado en el preámbulo de la Convención, su articulado y con ello el alcance de la protección del derecho a la vida, no alcanza al no nacido.

Convención Americana de los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (CADH)

Según Meza-Lopehandía, “(l)a Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) fue el primer instrumento internacional, aunque de alcance regional, en hacer algún tipo de reconocimiento al que está por nacer.”³⁷

De manera similar a la CDN, la CADH, en su artículo 1° se refiere al nacimiento como una condición de la persona, y no como el principio de su existencia:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”³⁸

Además de esta mención, la CADH en su artículo 4.1 se refiere al derecho a la vida en los siguientes términos:

“Artículo 4. Derecho a la Vida

³⁶ (Comité de los Derechos del Niño, 2003, 10)

³⁷ (Meza-Lopehandía, 2015, 7)

³⁸ Énfasis añadido por la autora.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general, a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”³⁹

La frase “en general, a partir del momento de la concepción” ha sido objeto de numerosas interpretaciones que buscan dilucidar el alcance de la protección del derecho a la vida de la CADH hacia el no nacido. En principio, las disposiciones señaladas parecen sugerir que el no nacido entra en la categoría de “persona humana” señalada en el artículo 1.2, y que su vida estaría protegida desde el momento de la concepción. Sin embargo, el añadido de la frase “en general”, tan estratégicamente estipulada, permite interpretar que este derecho a la vida puede ser objeto de excepciones.

Al respecto, Paúl Díaz señala:

“El primer paso para ello es analizar detalladamente la norma respectiva (*el artículo 4.1 de la CADH*), que está compuesta por tres oraciones:

1ra: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”;

2da: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, y

3ra: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La primera de estas oraciones declara la existencia del derecho a la vida. La segunda se refiere al derecho declarado en la oración anterior, y le impone una obligación al Estado. La tercera puede ser interpretada como estableciendo un nuevo derecho, o explicitando una consecuencia del derecho establecido en la primera oración. Esta última interpretación parece más razonable. **La segunda oración alude a la concepción, lo que obliga al intérprete a dilucidar si dicha norma busca declarar que un organismo humano tiene derechos desde tal momento.**⁴⁰ Por ello, será la más importante para el análisis efectuado en este artículo. Dicha oración está interrumpida por la expresión “en general”. Sin este elemento intercalado la oración dispondría: Este derecho estará protegido por la ley y a partir del momento de la concepción. Tal redacción, sin la expresión “en general”, fue propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana. (...)”⁴¹

Aunque la interpretación citada parece inclinarse por la idea de que la CADH sí protege la vida del no nacido desde su concepción, y parece ser semánticamente coherente con esta idea, la aplicación de estas normas por los organismos internacionales no se ha hecho en este tenor.

Un primer ejemplo de esto se puede ver respecto a lo declarado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Baby Boy vs EEUU* de 1981:

³⁹ Énfasis añadido por la autora.

⁴⁰ Énfasis añadido por la autora.

⁴¹ (Paúl Díaz, 2012, 67)

“En relación con la CADH, la CIDH examinó los trabajos preparatorios para determinar el alcance de la protección a la vida, que en este caso sí incluye, al menos en general, la protección de la vida desde el momento de la concepción. Decisivo para su conclusión fue el hecho de que la propia CIDH (1981: párr. 25), a petición de la OEA, elaboró una redacción que hiciera compatible el artículo 2.1 del proyecto con “la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro”. Como se ha señalado, finalmente la CADH incorporó las palabras “en general”, antes de “desde el momento de la concepción” (subrayado en el original).

En su decisión del caso, la CIDH negó que la intención de los redactores fuese “modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana”, y recordó que, [l]as implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios (párr. 30).⁴²

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto al caso “fecundación in vitro” del año 2012, se manifestó de manera similar:

“Por otra parte, respecto a la expresión “en general”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. **La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular.**⁴³ (...)”⁴⁴

Siguiendo esta línea, la Corte IDH expuso las razones de esta interpretación de manera sistemática:

“En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en 1959, se decidió impulsar la preparación de una Convención de Derechos Humanos, y se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto para tal efecto. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró dicho proyecto con el propósito que fuera considerado en la Novena Conferencia Internacional Americana, fijada para celebrarse en 1960. El Consejo Interamericano tomó en cuenta las experiencias del sistema europeo de derechos humanos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y del sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas. Respecto al derecho a la vida se incorporó en el artículo 2 del proyecto la siguiente formulación: *Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es*

⁴² (Meza-Lopehandía, 2015, pág. 9)

⁴³ Énfasis añadido por la autora.

⁴⁴ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 188)

inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Tal redacción, sin la expresión “en general”, la cual fue incorporada posteriormente, había sido propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana.

(...)

Para conciliar las diferentes opiniones frente a la formulación “desde el momento de la concepción”, suscitadas desde la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió introducir antes de la formulación “desde el momento de la concepción” las palabras “en general”. Ese arreglo dio origen al nuevo texto del artículo 2.1, que señalaba: *Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción.*

(...)

Finalmente, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4.1 de la Convención Americana.⁴⁵

Al respecto, es menester señalar lo señalado por la misma CIDH en su resolución del caso *Atavia Murillo y otros vs Costa Rica* (caso fecundación in vitro), donde se pronunció por primera vez respecto al inicio de la vida, su protección y el carácter de la protección prenatal, señalando que ésta debe ser “gradual e incremental -no absoluta-”⁴⁶, concluyendo que el embrión “no puede ser entendido como persona.”⁴⁷

Esta corriente de opinión se ha mantenido en esta línea hasta el día de hoy.

Al respecto, podemos señalar lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos en el reciente caso *Beatriz y otros vs El Salvador*, caso en donde se discute la legitimidad y proporcionalidad de la penalización absoluta del aborto como medida para proteger la vida prenatal, dentro de la esfera de protección que brinda la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto específicamente a la protección de la vida del no nacido, la Comisión señaló: “(...) la Comisión Interamericana considera que la protección de la vida desde la concepción constituye un fin legítimo. Este tribunal (la Corte IDH) se ha referido, en la sentencia del caso *Artavia-Murillo* y cito, a un principio de protección “gradual e incremental, -no absoluta- de la vida prenatal”. La Comisión hace notar que la Corte llegó a dicha conclusión a partir de una interpretación histórica, sistemática, evolutiva y teleológica de la

⁴⁵ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 201, 202, 204 y 211)

⁴⁶ (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012, párr. 256)

⁴⁷ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 256)

Convención Americana, así como otros tratados internacionales, incluyendo la Convención de Derechos del Niño y la interpretación dada por otros órganos supervisores de tratados, en el ámbito de los Sistemas Universal Europeo y Africano. Por lo tanto, la Comisión Interamericana observa la importancia que tiene la consistencia de la jurisprudencia de esta Corte para los Estados, de la cual se colige que **la protección de la vida prenatal, si bien tiene protección durante sus diversas etapas, es incremental y gradual, no es absoluta ni prevalece por sí misma sobre los derechos de la mujer.**⁴⁸

Así, a pesar de que la Convención Americana se pronuncia respecto a la vida del no nacido, señalando que la protección de la vida comienza, en general, desde la concepción, la interpretación sistemática de esta normativa nos permite concluir que, en efecto la protección de la vida prenatal es considerado un fin legítimo a proteger, pero que éste debe ser aplicado de manera incremental y gradual, y que no puede prevalecer por sobre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

⁴⁸ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023. Transcripción de la autora.)

Límites a la protección del derecho a la vida del nasciturus: Los Derechos Humanos de las Mujeres.

“Los órganos de derechos humanos han entregado una orientación clara sobre cuándo se requiere despenalizar el aborto y han puesto énfasis en que el acceso al aborto es un asunto de derechos humanos. Asegurar el acceso a estos servicios, de conformidad con los estándares de derechos humanos, es parte de las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación en contra de las mujeres y garantizar el derecho de éstas a la salud, así como a otros derechos humanos fundamentales.”⁴⁹

Habiéndose establecido que la protección que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le otorga al derecho a la vida, y el alcance que éste puede llegar a tener, considerando al no nacido como sujeto de ese derecho, es menester analizar la otra arista de la problemática ideológica a la que se enfrenta esta investigación: Los Derechos Humanos de las Mujeres.

Para introducir esta temática, en primer lugar, se debe señalar el efecto del feminismo en el Derecho Internacional y cómo éste ha afectado la visión de la comunidad internacional frente al tema del aborto, llegando a lograr cambios de enfoque tan contundentes, como el que pudimos ver en la propuesta de la Convención Constitucional de Chile para el año 2022.

En primer lugar, se debe señalar que el feminismo en la discusión del aborto es relativamente reciente:

Al respecto, Maura, Hurtado y Santana señalan: “El aborto es una experiencia de las mujeres; práctica a la cual hemos recurrido, en todas las épocas y contextos, para interrumpir un embarazo no deseado. La legitimación de esta decisión de las mujeres -es decir, su amparo legal y el acceso a servicios de salud para ejercerla en las mejores condiciones- ha sido siempre resultado de la movilización y acción política de las feministas. **Tal fue el caso de las europeas y norteamericanas en los años sesenta y setenta del siglo pasado, y lo ha sido posteriormente para las latinoamericanas y caribeñas.**”⁵⁰

⁴⁹ (Serie De Información Sobre Salud Y Derechos Sexuales Y Reproductivos, 2015)

⁵⁰ (Maura et al., -)

A mayor abundamiento, uno de los grandes hitos a nivel internacional de la lucha feminista por el derecho al aborto fue la publicación del manifiesto “Yo he abortado”, en Francia el 5 de abril de 1971⁵¹, y la histórica sentencia de Roe vs Wade en Estado Unidos, que se dictó recién el 22 de enero del año 1973.⁵²

En Chile, el tema se ha tratado de manera más reciente aún, donde uno de los hitos más importantes fue el establecimiento del 28 de septiembre como el Día de la Lucha por la Despenalización y Legalización del Aborto en América Latina, en el Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, recién en 1990.⁵³

A pesar del poco tiempo en que se ha contrapuesto esta postura en la discusión del aborto, los cambios que se han logrado han sido notables: la voz femenina y feminista se ha instalado en el discurso público de la comunidad internacional, donde se ha regulado, interpretado y recomendado a favor de los derechos de las mujeres en el tema de la legalización del aborto.

Entonces, ¿por qué se continúa la lucha?

Al respecto Álvarez ha señalado lo siguiente:

“Feminismo y Derecho Internacional conforman un par relativamente reciente. A las mujeres que trabajamos en Derecho Internacional cuando hablamos de feminismo nos suelen remitir al apartado relativo a derechos de las mujeres. (...) Una de las perspectivas que se puede adoptar respecto a los derechos de las mujeres es la [que] buscar proteger a este colectivo y equipar[rar]lo en derechos y oportunidades con los varones, al mismo tiempo que reconocerlo como víctima cuando sus derechos y libertades han sido vulnerados mientras se contextualiza como «un grupo vulnerable». Si bien es cierto que en los últimos años en Derecho Internacional ha existido un avance en lo relativo al reconocimiento de los derechos de las mujeres desde la perspectiva del empoderamiento, que aboga por maximizar la participación política de las mujeres en los espacios públicos, y en general por aumentar su participación en las esferas en las que se toman las decisiones, lo cierto es que estos derechos se han mostrado un tanto «líquidos»⁵⁴ en lo que se refiere a su capacidad de reformar estructuras de forma permanente.

⁵¹ Ver más en (Ayuso, 2021)

⁵² Ver más en (Anguissola, 2022)

⁵³ Ver más en (La Primera Piedra, 2016)

⁵⁴ En relación a la “liquidez” de estos reconocimientos, Álvarez señala: “Algunas reivindicaciones relativas a los derechos de las mujeres se insertan en cierta manera en este esquema, si tenemos en cuenta que remedian situaciones concretas más que inciden en las causas estructurales de las mismas. Nos referimos por ejemplo al derecho a un igual salario por el mismo trabajo o al derecho a la salud reproductiva. Ambas reivindicaciones pueden sostenerse en marcos en los que un análisis de género no se tenga en cuenta. Así, se puede obtener un igual salario por el mismo trabajo, pero el acceso a las promociones se obtiene en función de las horas extras que las mujeres madres de familia no están dispuestas a realizar; o se reconoce el derecho al acceso a la planificación familiar, pero no se tienen en cuenta las diferencias culturales.” (Álvarez Molinero, 2007, pág. 80, pie de página)

(...)

No deja de ser irónico el hecho de que después de tantos años de lucha para lograr que las mujeres no seamos únicamente consideradas por la sociedad como mujeres-madres, sino como seres independientes respecto a la circunstancia de la maternidad, **resulta que nuestra independencia y nuestro derecho a elegir la maternidad como opción y no como imposición se traduce en que cuando elegimos ser madres se nos considera portadoras de vidas humanas, meras transportistas de embriones y fetos con responsabilidades legales si la mercancía no llega a su destino en las condiciones esperadas.**⁵⁵ Debe ser una virtud del patriarcado, su capacidad de transmutar los intereses y deseos de las mujeres en nuevas ataduras.

Si no queremos ser consideradas y valoradas únicamente como mujeres-madres y reivindicamos nuestra vida propia con o sin hijos/as, entonces, la sociedad establece que aquellas que deciden ser madres lo hacen por decisión propia, por devoción y pasión a la sociedad a la que desean contribuir engendrando futuros seres humanos sanos. Esas nuevas vidas constituyen la máxima contribución que una mujer puede hacer a la sociedad, su mejor producto, y por lo tanto merece que se ejerza sobre ella un control de calidad. En consecuencia, el ser, el rol, el sujeto que se protege es la madre, no la mujer, lo que nos demuestra que los estereotipos siguen funcionando de una forma extremadamente eficiente, pero tampoco lo olvidemos, de forma implacable y cruel.”⁵⁶

Esta perspectiva feminista sobre nuestra sociedad y el rol que se le atribuye a la mujer dentro de ella, es el corazón de la discusión sobre la legalización del aborto a nivel internacional: Si se considera a la mujer sólo en este rol, la prohibición de aborto ni siquiera tendría que ver con el derecho a la vida del no nacido sino con el cumplimiento de la función social de la mujer, como progenitoras antes de seres autónomos. Por otro lado, es recién cuando se considera a la mujer como una entidad autónoma, sin el rol progenitor, que se comienzan a ponderar sus derechos versus los del no nacido.

Considerando lo que se ha expuesto acerca de la poca protección legal que se le da a la vida del no nacido, tanto a nivel internacional como local de cada Estado, se puede concluir que la verdadera discusión en torno al aborto no sería la ponderación de los derechos de un sujeto de derecho sobre otro, **sino que lo que se está contraponiendo en realidad es la autonomía de la mujer como individuo, al rol impuesto socialmente como un ente progenitor.**

Entonces, ¿cómo se ha intentado defender la autonomía de la mujer, por sobre la construcción social del individuo como “mujer-madre”?

⁵⁵ Énfasis añadido por la autora.

⁵⁶ (Álvarez Molinero, 2007, pág. 79 y 81)

Para responder a esta pregunta, expondremos de manera breve los principales instrumentos internacionales en que se trata esta problemática.

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD)

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994, trató, por primera vez en una conferencia de este tipo, el tema de los derechos sexuales y reproductivos de manera sistemática, relacionando la necesidad del reconocimiento de estos desde la perspectiva de la vulneración de los derechos humanos, el reconocimiento de la desigualdad entre hombres y mujeres y la discriminación institucional del que éstas últimas eran (y siguen siendo) víctimas:

“En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 se rompe con el esquema de las conferencias anteriores de priorizar las preguntas de cuántos somos y dónde estamos. Las conferencias anteriores sobre población, Bucarest 1974 y México 1984, centraban la discusión en el tema de la población mundial y los procesos migratorios. El temor a la sobrepoblación y a la escasez de recursos promovió el control de la fecundidad como política que facilitaría el desarrollo de los países. La Conferencia de El Cairo centra el debate en el desarrollo de los grupos sociales y de los sujetos individuales como eje de la dinámica de población. **Reconoce que si bien hombres y mujeres tienen realidades y necesidades comunes, las instituciones sociales perpetúan una posición de desventaja de las mujeres con relación a los hombres.**⁵⁷ Es por ello que en la conferencia se realiza el empoderamiento de la mujer y la mejora de la situación de las niñas, conjuntamente con el derecho a la salud sexual y reproductiva, como estrategia importante para la reducción de la pobreza, mejora de la salud y la calidad de vida. Bien se podría decir que el programa de acción (PA) que se discutió y acordó en la Conferencia de El Cairo, asumió lo acordado en conferencias previas, como el Programa 21 y la Declaración de Río de 1992 de la aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo; los acuerdos de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia en 1990, y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.”⁵⁸

Esta Conferencia elaboró el Programa de Acción (PA), que se traduce en un conjunto de recomendaciones con las cuales se comprometieron 179 Estados Miembros, dentro de los cuales se encuentra incluido Chile.

“El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 pidió que **los derechos de la mujer y su salud reproductiva fueran**

⁵⁷ Énfasis añadido por la autora.

⁵⁸ (Galdos Silva, 2013)

un tema central en los esfuerzos de desarrollo económico y político nacionales e internacionales. Pidió garantizar que **todas las personas** tengan acceso a una **atención integral de la salud reproductiva**, incluida la **planificación familiar voluntaria**,⁵⁹ los embarazos seguros y los servicios de parto, así como la prevención y el tratamiento de las infecciones de transmisión sexual. También reconoció que la salud reproductiva y el empoderamiento de la mujer son interdependientes, y ambos son necesarios para el progreso social. El Programa de Acción afirmó que:

"La participación plena e igualitaria de la mujer en la vida civil, cultural, económica, política y social, a nivel nacional, regional e internacional, y la erradicación de todas las formas de discriminación por razón de sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional".⁶⁰

Este mensaje fue estipulado claramente en distintas secciones del PA. En relación a "Mejoramiento de la condición de la mujer", por ejemplo, señaló:

"La habilitación y la autonomía de la mujer y el mejoramiento de su condición política, social, económica y sanitaria constituyen en sí un fin de la mayor importancia. Además, son indispensables para lograr el desarrollo sostenible. **Es preciso que mujeres y hombres participen e intervengan por igual en la vida productiva y reproductiva**, incluida la división de responsabilidades en cuanto a la crianza de los hijos y al mantenimiento del hogar. (...) Además, el mejoramiento de la condición de la mujer también favorece su capacidad de adopción de decisiones a todos los niveles en todas las esferas de la vida, **especialmente en el terreno de la sexualidad y la reproducción**. Esto es esencial, a su vez, para el éxito a largo plazo de los programas de población. La experiencia demuestra que los programas de población y desarrollo tienen la máxima eficacia cuando, al mismo tiempo, se adoptan medidas para mejorar la condición de la mujer."⁶¹ Dentro de las medidas recomendadas para lograr este cometido, el PA señala: "Los países deberían adoptar medidas para habilitar a la mujer y eliminar la desigualdad entre hombres y mujeres a la brevedad posible: (...) c) Eliminando todas las prácticas que discriminan contra la mujer; ayudando a la mujer a establecer y realizar sus derechos, incluidos los relativos a la salud reproductiva y sexual; (...)"⁶²

A mayor abundamiento, el PA entrega varias definiciones en el marco de los derechos reproductivos y la salud reproductiva:

"La salud reproductiva es un **estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos**. En

⁵⁹ Énfasis añadido por la autora

⁶⁰ (Naciones Unidas, -)

⁶¹ (CIPD, 1994, pág. 20)

⁶² (CIPD, 1994, pág. 21)

consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos **y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.** Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. (...)

Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable. La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; **las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva.**(...)⁶³

Para lograr estos objetivos, el PA propuso las siguientes medidas: “Mediante el sistema de atención primaria de salud, todos los países deben esforzarse por que la salud

⁶³ (CIPD, 1994, pág. 37)

reproductiva esté al alcance de todas las personas de edad apropiada lo antes posible y a más tardar para el año 2015. La atención de la salud reproductiva en el contexto de la atención primaria de la salud debería abarcar, entre otras cosas: asesoramiento, información, educación, comunicaciones y servicios en materia de planificación de la familia; educación y servicios de atención prenatal, partos sin riesgos, y atención después del parto, en particular para la lactancia materna y la atención de la salud materno infantil, prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad; **interrupción del embarazo de conformidad con lo indicado en el párrafo 8.25, incluida la prevención del aborto y el tratamiento de sus consecuencias**; (...). Se debería disponer en todos los casos de sistemas de remisión a servicios de planificación de la familia y de diagnóstico y **tratamiento de las complicaciones del embarazo, el parto y el aborto**, la infertilidad, las infecciones del aparato reproductor, el cáncer de mama y del aparato reproductor, las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA. (...)

(...)

(...) Al mismo tiempo, [países donde la salud reproductiva es deficiente] deberían dar más prioridad a los servicios de salud reproductiva, incluida una amplia gama de medios anticonceptivos, y **deberían encarar la práctica actual de recurrir al aborto para la regulación de la fecundidad mediante la satisfacción de la necesidad de las mujeres de esos países de contar con mejor información y más opciones.**⁶⁴

Relacionado con lo anterior, el apartado N° 8.25 señalado se refiere directamente a la práctica del aborto, estipulando lo siguiente:

“8.25 En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas⁶⁵ como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o

⁶⁴ (CIPD, 1994, págs. 38 y 39)

⁶⁵ Aborto en condiciones no adecuadas se define como el procedimiento para terminar un embarazo no deseado ya sea practicado por personas que carecen de las habilidades necesarias o en un ambiente carente de estándares médicos mínimos, o ambos (basado en: Organización Mundial de la Salud, The Prevention and Management of Unsafe Abortion, Informe de un grupo de trabajo técnico, Ginebra, abril de 1992 (WHO/MSM/92.5)).

local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos.”⁶⁶

Éste último apartado es clave para entender la significancia que tiene el aborto para la CIPD. Como se puede ver, el PA entiende el aborto, no como un derecho, sino como una necesidad de las personas ante las deficiencias de la implementación de los derechos sexuales y reproductivos. Así, ante la existencia de embarazos no deseados, producto de la falta de educación sexual y reproductiva o el acceso a métodos de planificación familiar, la práctica del aborto existe como una respuesta necesaria.

En efecto, si las condiciones sociales para evitar los embarazos no deseados fueran suficientes, la necesidad de abortar sería cada vez menor.

Es crucial entender el carácter que tiene la práctica del aborto para la CIPD, ya que no parece ajustarse de manera cabal con el planteamiento del movimiento feminista. Por ejemplo, no insta a los Estados a legalizar el aborto en ciertas causales que pudieran ir en contra de los derechos humanos de las mujeres, sino que lo ve como una práctica real, que debe ser apropiadamente evitada mediante la implementación de sistemas de planificación familiar y educación sexual y reproductiva.

Sin embargo, se debe entender este instrumento en su contexto. La Conferencia no se celebró para revisar el status de la mujer en la sociedad de esa época, o la discriminación legal o institucional contra las mujeres, sino que se celebró con el efecto de revisar las políticas concernientes a la Población y el Desarrollo de los Estados miembros.

Así, lo expuesto por el PA es una declaración de la realidad de los derechos sexuales y reproductivos, su efecto en la población y desarrollo de los estados miembros y, específicamente respecto al tema de esta investigación, una recomendación fuerte a hacerse cargo de la práctica del aborto como una realidad existente, sin inmiscuirse en las distintas posturas ideológicas a favor o en contra del aborto.

Es menester señalar que la forma en que la CIPD trató el tema en su momento, representa lo que este trabajo considera necesario para poder hablar del aborto y su regulación sin tapujos: Dejar de juzgar una postura o la otra por lo ofensivo que pueda ser para la moralidad de los distintos sectores e intentar resolver el problema de una práctica existente, consecuencia de negligencias de los Estados de brindar el debido resguardo a los

⁶⁶ (CIPD, 1994, pág. 56)

derechos sexuales y reproductivos de todas las personas, incluyendo el de planificación familiar, que conlleva, irremediablemente, a embarazos no deseados.

De todas maneras, se debe señalar que lo estipulado por la CIPD en 1994 fue lo que puso en la palestra la necesidad de considerar los derechos sexuales y reproductivos de las personas dentro del compendio de derechos humanos, proponiendo las bases de la discusión, dándole nombre y forma a los derechos que se vulneran con la criminalización absoluta del aborto o los atentados en contra de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se refiere a un compendio de derechos accesorios a los derechos humanos estipulados en distintos tratados internacionales. Entre estos derechos se puede encontrar el estipulado en su artículo 12, que señala:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”⁶⁷

La definición del derecho a la salud como derecho humano en estos términos (“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”), se ha interpretado sistemáticamente, incluyendo de esta manera los derechos sexuales y reproductivos mencionados por el PA de la CIPD. Así, a pesar de que el PIDESC fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y fue ratificado por Chile para el año 1972, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 22 del año 2016, se refirió específicamente a los derechos sexuales y reproductivos en relación con el mencionado artículo 12:

⁶⁷ PIDESC art. 12

“1. El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ha quedado reflejado también en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. La aprobación del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en 1994 puso aún más de relieve los problemas de la salud sexual y reproductiva en el marco de los derechos humanos. Desde ese momento, las normas y la jurisprudencia internacionales y regionales de derechos humanos relativas a la salud y los derechos sexuales y reproductivos han evolucionado considerablemente. Más recientemente, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se han incluido objetivos y metas en la esfera de la salud sexual y reproductiva.”⁶⁸

Entendiendo la importancia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en relación al derecho a la salud estipulado en el Pacto, el Comité los definió de la siguiente manera:

“El derecho a la salud sexual y reproductiva implica un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva. Entre los derechos cabe mencionar el acceso sin trabas a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud, que asegure a todas las personas el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en virtud del artículo 12 del Pacto.

La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”⁶⁹

Respecto al aborto, la observación general del Comité fue más allá que el PA de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, al referirse directamente a cómo la prohibición o criminalización del aborto en ciertos casos se puede conformar como una violación a otros derechos humanos interrelacionados con los derechos sexuales y reproductivos:

“El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente

⁶⁸ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016)

⁶⁹ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 5 y 6)

respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”⁷⁰

Respecto al contenido normativo del derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité establece que una atención integral de la salud sexual y reproductiva abarca cuatro elementos interrelacionados y esenciales:

1) Disponibilidad, lo que en este aspecto contempla, entre otras cosas, que “[d]ebe disponerse de un número adecuado de establecimientos, servicios, bienes y programas en funcionamiento de atención de la salud para proporcionar a la población el conjunto más completo posible de servicios de salud sexual y reproductiva. (...) Velar por que haya personal médico y profesional capacitado y proveedores calificados que estén formados para prestar todos los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva es un componente de vital importancia para asegurar la disponibilidad. Se debe disponer también de medicamentos esenciales, incluida una amplia gama de métodos anticonceptivos, como los preservativos y los anticonceptivos de emergencia, medicamentos para la asistencia en casos de aborto y después del aborto, (...). (...) La no disponibilidad de bienes y servicios debido a políticas o prácticas basadas en la ideología, como la objeción a prestar servicios por motivos de conciencia, no debe ser un obstáculo para el acceso a los servicios. Se debe disponer en todo momento de un número suficiente de proveedores de servicios de atención de la salud dispuestos a prestar esos servicios (...).”⁷¹;

2) Accesibilidad, donde estipula: “Los establecimientos, los bienes, la información y los servicios de salud relativos a la atención de la salud sexual y reproductiva deben ser accesibles a todas las personas y grupos sin discriminación ni obstáculos.”⁷² Esta accesibilidad debe incluir la accesibilidad física (“[l]os establecimientos, los bienes, la información y los servicios de salud relacionados con la atención de la salud sexual y reproductiva deben estar disponibles a una distancia física y geográfica segura para todos, de modo que las personas necesitadas puedan recibir servicios e información oportunos.”⁷³) la asequibilidad (“se deben proporcionar sin costo alguno o sobre la base del principio de

⁷⁰ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 10)

⁷¹ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 12 a 14)

⁷² (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 15)

⁷³ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 16)

igualdad a fin de evitar que los gastos de salud representen una carga desproporcionada para las personas y las familias⁷⁴) y la accesibilidad a la información, que comprende “el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva en general, y también el derecho de las personas a recibir información específica sobre su estado de salud.”⁷⁵ En relación a lo anterior, el Comité continúa: “Todas las personas y grupos, incluidos los adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a recibir información con base empírica sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva, entre ellos la salud materna, los anticonceptivos, la planificación familiar, las infecciones de transmisión sexual, la prevención del VIH, el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto, (...)”⁷⁶;

3) Aceptabilidad; y

4) Calidad. Respecto a este punto, el Comité vuelve a mencionar el aborto: “Los establecimientos, bienes, información y servicios relativos a la salud sexual y reproductiva deben ser de buena calidad, lo que significa que tendrán una base empírica y que serán adecuados y estarán actualizados desde un punto de vista científico y médico. Esto requiere un personal de atención de la salud formado y capacitado, así como medicamentos y equipo científicamente aprobados y en buen estado. El hecho de no incorporar o rechazar los avances y las innovaciones tecnológicas en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, como los medicamentos en relación con el aborto, la asistencia médica para la procreación y los avances en el tratamiento del VIH y el sida, pone en peligro la calidad de la atención”⁷⁷.

Como se ha expuesto, a pesar de que la observación del Comité se hizo en base a lo establecido por el Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de 1994, el aborto como tal se entiende de manera distinta: Como se señaló, el PA se refería al aborto en su sección de derechos sexuales y reproductivos, no como un derecho, sino como una práctica existente que debía ser evitada mediante la apropiada aplicación de los sistemas de educación sexual y reproductiva, planificación familiar y métodos efectivos de anticoncepción. El PA, como ya señalamos, estableció expresamente que “[e]n ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia (...)”⁷⁸.

Por otro lado, el Comité ocupa la figura del aborto como un tratamiento médico existente, que se comprende dentro del derecho a la salud sexual y reproductiva, en donde actualmente existen obstáculos y discriminaciones.

⁷⁴ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 17)

⁷⁵ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 18)

⁷⁶ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 18)

⁷⁷ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 21)

⁷⁸ (CIPD, 1994)

El Comité se explaya sobre esta postura, al referirse a la igualdad entre hombres y mujeres, y perspectiva de género en relación con el derecho a la salud sexual y reproductiva:

“Debido a la capacidad reproductiva de las mujeres, la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para la realización de todos sus derechos humanos. El derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es imprescindible para su autonomía y su derecho a adoptar decisiones significativas sobre su vida y salud. La igualdad de género requiere que se tengan en cuenta las necesidades en materia de salud de las mujeres, distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres en función de su ciclo vital.

La experiencia de las mujeres sometidas a discriminación y violencia sistemáticas durante toda su vida requiere una comprensión global del concepto de igualdad de género en el marco del derecho a la salud sexual y reproductiva. La no discriminación por razón de sexo, garantizada en el artículo 2 2) del Pacto, y la igualdad de las mujeres, garantizada en el artículo 3, requieren eliminar no solo la discriminación directa, sino también la indirecta, y asegurar la igualdad formal y sustantiva.

Las leyes, las políticas y las prácticas neutrales pueden perpetuar las desigualdades de género y la discriminación ya existentes contra la mujer. La igualdad sustantiva requiere que las leyes, las políticas y las prácticas no mantengan, sino que mitiguen, la desventaja inherente que experimentan las mujeres en el ejercicio de su derecho a la salud sexual y reproductiva. Los estereotipos, las suposiciones y las expectativas basados en el género sobre la subordinación de las mujeres respecto de los hombres y su función exclusiva como cuidadoras y madres, en particular, son obstáculos a la igualdad sustantiva entre los géneros, incluido el derecho en condiciones de igualdad a la salud sexual y reproductiva, que hay que modificar o eliminar, al igual que el papel exclusivo de los hombres como cabezas de familia y sostén de la familia. Al mismo tiempo, se necesitan medidas especiales, temporales y permanentes, para acelerar la igualdad de facto de las mujeres y proteger la maternidad.

La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva. A fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas se necesita atención obstétrica de urgencia y asistencia cualificada en los partos, particularmente en las zonas rurales y alejadas, y medidas de prevención de los abortos en condiciones de riesgo. La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los

Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; **liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva.**⁷⁹⁸⁰

El Comité reitera esta postura, al establecer: “Los Estados partes tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las personas y grupos y de garantizar su igualdad por lo que respecta al derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva. **Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto.** Los Estados partes deben velar también por que todas las personas y los grupos tengan acceso en pie de igualdad a toda la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva, en particular mediante la eliminación de todos los obstáculos a los que determinados grupos puedan verse confrontados.”⁸¹

A mayor abundamiento, se refiere nuevamente a las leyes que regulan el aborto, al establecer las obligaciones jurídicas específicas de los Estados parte:

“La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas. Los Estados no deben limitar ni denegar a nadie el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular mediante leyes que tipifiquen como delito los servicios y la información de salud sexual y reproductiva, y se debe mantener la confidencialidad de los datos sobre la salud. **Los Estados deben reformar las leyes que impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. Cabe mencionar como ejemplos las leyes por las que se penaliza el aborto,**⁸² la no revelación de la condición de seropositivo, la exposición al VIH y a su transmisión, las relaciones sexuales consentidas entre adultos, y la identidad o la expresión transgénero.

La obligación de respetar requiere también que los Estados deroguen, y se abstengan de promulgar, leyes y políticas que obstaculicen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Esto incluye los requisitos de autorización de terceros, como los requisitos de

⁷⁹ Énfasis añadido por la autora.

⁸⁰ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 25 a 28)

⁸¹ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 34)

⁸² Énfasis añadido por la autora.

autorización de los padres, el cónyuge y los tribunales para acceder a los servicios y la información en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para el aborto y la anticoncepción; el asesoramiento sesgado y los plazos de espera obligatorios para divorciarse, volver a casarse o acceder a los servicios de interrupción del embarazo; las pruebas obligatorias del VIH; y la exclusión de servicios específicos de salud sexual y reproductiva de la financiación pública o de los fondos de asistencia extranjeros. La difusión de información errónea y la imposición de restricciones en relación con el derecho de las personas a tener acceso a información sobre la salud sexual y reproductiva vulneran también el deber de respetar los derechos humanos. (...)”⁸³

“La obligación de cumplir requiere que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo apropiadas para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva. Los Estados deben tener como objetivo asegurar el acceso universal sin discriminación a todas las personas, entre ellas las que pertenezcan a grupos desfavorecidos y marginados, a toda una serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva de buena calidad, en particular la atención de la salud materna; la información y los servicios de anticoncepción; **la atención para el aborto sin riesgo**⁸⁴; y la prevención, el diagnóstico y el tratamiento de la infertilidad, los cánceres del aparato reproductor, las infecciones de transmisión sexual y el VIH/SIDA, en particular con medicamentos genéricos. Los Estados deben garantizar la atención de la salud física y mental a las víctimas de la violencia sexual y doméstica en todas las situaciones, en particular el acceso a servicios de prevención posterior a las agresiones, anticonceptivos de emergencia y servicios de aborto sin riesgo.”⁸⁵

Por último, el Comité también se refiere al aborto ocupando su prohibición y criminalización como ejemplo de violaciones al derecho a la salud sexual y reproductiva:

“Las violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. Entre las violaciones por acción se encuentra la aprobación de leyes, reglamentos, políticas o programas que interpongan obstáculos al ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva en el Estado parte o terceros países, o la derogación o suspensión formal de leyes, reglamentos, políticas o programas necesarios para el disfrute continuado del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Entre las violaciones por omisión se encuentra el hecho de no adoptar las medidas necesarias para lograr la plena efectividad del derecho de toda persona a la salud sexual y

⁸³ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 40 y 41)

⁸⁴ Énfasis añadido por la autora.

⁸⁵ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 45)

reproductiva, así como el hecho de no promulgar ni hacer cumplir las leyes pertinentes. No asegurar la igualdad formal y sustantiva en el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva constituye una violación de este derecho. La eliminación de la discriminación de iure y de facto es necesaria para el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en condiciones de igualdad.

Las violaciones de la obligación de respetar se producen cuando el Estado, mediante leyes, políticas o actos, socava el derecho a la salud sexual y reproductiva. Esas violaciones comprenden la injerencia del Estado con la libertad de la persona para controlar su propio cuerpo y la capacidad para adoptar decisiones libres, informadas y responsables en ese sentido. También se producen cuando el Estado deroga o suspende leyes y políticas que son necesarias para el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Cabe mencionar como ejemplos de violaciones de la obligación de respetar el establecimiento de obstáculos legales que impiden el acceso de las personas a los servicios de salud sexual y reproductiva, **como la criminalización de las mujeres que se sometan a un aborto** y de las relaciones sexuales consentidas entre adultos. El hecho de prohibir o denegar en la práctica el acceso a los servicios y medicamentos necesarios para disfrutar de la salud sexual y reproductiva, como los relativos a la anticoncepción de emergencia, también viola la obligación de respetar. Las leyes y políticas que prescriben intervenciones médicas involuntarias, coactivas o forzadas, incluida la esterilización forzada o las pruebas obligatorias del VIH/SIDA, la virginidad o el embarazo, también violan la obligación de respetar.”⁸⁶

Como se ha expuesto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha estipulado de manera clara que los derechos sexuales y reproductivos se comprenden dentro del derecho a la salud proclamado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dentro de este derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité considera al aborto no sólo un problema existente que debe ser evitado, como fue el tenor del PA de la CIPD, sino como un tratamiento médico, vinculado con la libertad y autonomía de la mujer en relación con las decisiones respecto al propio cuerpo y a su sexualidad. Este tratamiento, entendiéndolo interrelacionado con estos otros derechos humanos de la mujer (libertad, igualdad y autonomía), debe poder estar disponible, ser accesible, aceptado y de calidad, para que no atente contra los derechos humanos de las mujeres.

Cabe señalar al respecto, que el Comité no se refiere a la libertad de los Estados para legislar sobre el tema, como sí lo señaló el PA de la CIPD en su momento. El Comité se refiere a la criminalización del aborto como una forma de discriminación en contra de las

⁸⁶ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016. párr. 54 a 57)

mujeres y la vulneración de sus derechos, sin referirse en ningún momento a la vida del que está por nacer. Aparentemente, para el Comité, desde la perspectiva del derecho a la salud sexual y reproductiva se hace cargo del aborto como una de las opciones a los que deben tener acceso las mujeres, cuando los sistemas de educación, prevención del embarazo y planificación familiar fallan.

Sin embargo, se debe subrayar la importancia de que el Comité no se haya referido a la vida en gestación al referirse al aborto. De manera práctica, es cierto que el aborto existe y es un problema de salud del que la comunidad internacional y los Estados individuales se deben hacer cargo y es cierto que la autonomía y libertad de las personas debe estar protegida por los Estados y no se puede involucrar en las decisiones sobre el propio cuerpo, sexualidad ni reproducción.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

A pesar de que la Convención en sí misma no se refiere de manera directa al derecho a la vida del feto o al derecho al aborto que podría tener la mujer, la postura e interpretación de este instrumento se ha inclinado en varias ocasiones a favor de la protección de los derechos de las mujeres por sobre los de la vida del no nacido.

Al respecto, en su preámbulo señala:

“(…) Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

(…),

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de

discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones, (...)⁸⁷

Respecto a la normativa en sí, la regulación del aborto en los distintos Estados parte podría ir en contra del articulado de la Convención al no considerar las siguientes estipulaciones:

Artículo 10:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.⁸⁸”

Artículo 12:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.”

Artículo 16:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos **a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos** y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; (...)⁸⁹”

Al respecto Copelon y otros señalaron: “Debido a la profunda interrelación entre el derecho a tomar decisiones sobre la salud reproductiva y el derecho mismo de las mujeres a la vida, el Comité de la CEDAW ha tenido con frecuencia la ocasión de abordar cuestiones

⁸⁷ (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979, preámbulo)

⁸⁸ Énfasis añadido por la autora

⁸⁹ (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979)

vinculadas al aborto y a la condición de la vida del feto en el contexto de la igualdad de la mujer”⁹⁰

Efectivamente, el Comité de la CEDAW se ha referido en varias ocasiones a la necesidad de los Estados Partes al tema, como se puede ver en sus recomendaciones generales.

Por ejemplo, en su Recomendación General n° 21 “Igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares”, en relación al citado artículo 16 apartado e), el Comité señaló lo siguiente:

“Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan a su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene.

En algunos informes se revelan prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización forzados. La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.(...)”⁹¹

A mayor abundamiento, se refirió al tema de manera más directa en su Recomendación General N° 24 “La Mujer y la Salud”, en relación al artículo 12 de la CEDAW, donde señaló:

“(…) 11. Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.

12. Los Estados Partes deberían informar sobre cómo interpretan la forma en que las políticas y las medidas sobre atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de las necesidades y los intereses propios de la mujer y en qué forma la atención médica tiene en cuenta características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes: (...) d) La falta de respeto del carácter

⁹⁰ (Copelon et al., 2005, pág. 116)

⁹¹ (Naciones Unidas, 2004, pág. 292 y ss.)

confidencial de la información sobre los pacientes afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer [puede] estar menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o **atender a casos de abortos incompletos**⁹², y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física.

(...)

14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. (...) El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

(...)

31. Los Estados Partes también deberían, en particular: (...) c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. **En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.**⁹³⁹⁴

Con lo expuesto, se puede concluir que la CEDAW protege los derechos de las mujeres por sobre el posible derecho que pueda tener el feto a su vida, ya que considera, entre otras cosas, que las mujeres tienen el mismo derecho que los hombres a planificar su vida familiar, lo que significa poder elegir si tener hijos o no, y en caso de tenerlos, decidir el intervalo entre los nacimientos. Además, el Comité ha señalado claramente que las prácticas estatales coercitivas que limitan el acceso a las mujeres al aborto como procedimiento médico es una manifestación de una discriminación institucionalizada contra las mujeres.

⁹² Énfasis añadido por la autora.

⁹³ Énfasis añadido por la autora.

⁹⁴ (Naciones Unidas, 2004, pág. 313 y ss.)

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

La Convención Belém do Pará se refiere específicamente al respeto de los derechos humanos de las mujeres y afirma, en su preámbulo, que éstos son violados por la violencia contra la mujer. Para esto, su art. 1° señala: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” Siguiendo con esto, el art. 2° señala que esta violencia puede ser tanto dentro de la familia o unidad doméstica, como en la comunidad y puede ser perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes⁹⁵, que es la esfera relevante respecto a la regulación del aborto.

Esta Convención es fiscalizada por el Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará (MESECVI), y su Comité de expertas, que es el órgano técnico responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención, quienes redactaron la Declaración Sobre la Violencia Contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, instrumento que se enfoca en la violencia sexual contra la mujer y la vulneración de sus derechos sexuales y reproductivos.

En este punto, la declaración señala: “Que los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos humanos que protegen y defienden el Sistema Universal e Interamericano de derechos humanos; y que los derechos sexuales y reproductivos se basan en otros derechos esenciales incluyendo el derecho a la salud, el derecho a estar libre de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la integridad personal y a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, al derecho de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, el espaciamiento y momento de tener hijos e hijas y de tener la información y los medios para hacerlo y el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia y por lo tanto a ser libres de violencia sexual; (...)”⁹⁶

En relación al aborto específicamente, la declaración estipula: “Que persiste la existencia de leyes que perpetúan el ejercicio de la violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, y las revictimizan violando sus derechos sexuales y reproductivos tales como: el mantenimiento de las restricciones en el acceso al aborto en condiciones seguras y las

⁹⁵ (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), 2014, pág. 5)

⁹⁶ (OEA, 1994)

prohibiciones absolutas con respecto al mismo, o la denegación de acceso a los cuidados posteriores al aborto que contravienen la prohibición de la tortura y los malos tratos.”⁹⁷

Además señala: “Que el acceso a los servicios de salud en general, y a los servicios de interrupción del embarazo en particular, debe ser confidencial y la objeción de conciencia del personal de la salud no puede resultar en ningún caso en una vulneración de los derechos humanos de las mujeres;”⁹⁸ entendiéndose que esta estipulación protege la dignidad de las mujeres, niñas y adolescentes.

El MESECVI, concluyendo su declaración hace unas recomendaciones generales. Con respecto al aborto señala lo siguiente: Recomienda: “*eliminar* de los ordenamientos jurídicos las leyes que perpetúan el ejercicio de la violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, así como garantizar que no se reproduzcan conductas de maltrato y humillación en entornos institucionales, y que el personal de salud no revictimice o deniegue el acceso a los servicios de salud a las mujeres que los requieran y asegurar el acceso a la información sobre la salud reproductiva, imprescindible para que las mujeres puedan ejercer su autonomía reproductiva, y sus derechos a la salud y a la integridad física.”⁹⁹; “*asegurar* que las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia accedan a los procedimientos médicos de forma libre y voluntaria, sin recibir amenazas, coacciones o incentivos, disponiendo de una información clara y detallada sobre los posibles riesgos, beneficios o alternativas existentes”¹⁰⁰; “*Garantizar* la salud sexual y reproductiva de las mujeres y su derecho a la vida, **eliminando el aborto inseguro y estableciendo leyes y políticas públicas que permitan la interrupción del embarazo**¹⁰¹ en, por lo menos, los siguientes casos: i) cuando la vida o salud de la mujer esté en peligro, ii) cuando exista inviabilidad del feto de sobrevivir, y iii) en los casos de violencia sexual, incesto e inseminación forzada, así como garantizar que las mujeres y adolescentes tengan acceso inmediato a métodos anticonceptivos económicos, incluyendo la anticoncepción oral de emergencia, eliminando con ello los efectos discriminatorios en las mujeres de denegarles servicios, basados en estereotipos que reducen el rol primario de las mujeres a la maternidad y previenen que tomen decisiones sobre su sexualidad y reproducción”¹⁰².

⁹⁷ (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), 2014, pág. 9)

⁹⁸ (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), 2014, pág. 11)

⁹⁹ (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), 2014, pág. 16)

¹⁰⁰ (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), 2014, pág. 16)

¹⁰¹ Énfasis añadido por la autora.

¹⁰² (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), 2014, pág. 17 y 18)

Lo citado demuestra que el Comité de Expertas del MESECVI se refiere al aborto en el mismo tenor que los instrumentos que se han expuesto anteriormente, donde el carácter de éste dista de ser una conducta a criminalizar, o una conducta existente que debe ser erradicada, como lo estableció en su momento el PA de la CIPD, sino que lo contempla como un procedimiento médico, cuya prohibición y obstaculización son verdaderas vulneraciones a los derechos de las mujeres, en donde se comprenden no sólo los derechos sexuales y reproductivos, sino que estos se integran dentro del derecho a la salud, la no discriminación, la igualdad, el derecho a la libre determinación y la autonomía de las mujeres, entre otros.

Segunda parte: El Aborto en Chile

Marco General: La realidad práctica del aborto en Chile

En esta segunda parte, se debe hacer una separación del ámbito teórico de la figura del aborto y se hará un análisis de la realidad de la práctica abortiva en Chile, con el objetivo de materializar la discusión en términos empíricos. Como se ha podido ver en las secciones anteriores, el aborto es una figura compleja, ya que no sólo reviste aspectos jurídicos. En la primera sección se introdujo que el primer conflicto es que el aborto es un término médico antes que jurídico; pero, como se pudo ver con el análisis de los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el aborto también se puede entender como un *problemática social*.

Fuera de cómo se discute en términos médicos y más allá de las concepciones jurídicas y morales respecto a la contraposición de los derechos de las mujeres y de los del *nasciturus*, el aborto ha sido y sigue siendo una práctica real de las mujeres en todo el mundo.

“A nivel mundial, más de la mitad de los embarazos no deseados (61%) terminaron en aborto cada año desde 2015 hasta 2019. Las personas buscan y obtienen abortos en todos los países, incluso en aquellos con leyes de aborto restrictivas, donde las barreras a la atención del aborto seguro son muy estrictas. De hecho, durante las últimas tres décadas, la proporción de embarazos no planeados que terminan en aborto ha aumentado en países cuyas leyes restringen fuertemente el aborto.”¹⁰³

Al respecto, la primera pregunta que se debe intentar responder para efectos de este trabajo es **¿cuántos abortos se realizan en Chile?**

La respuesta a esta pregunta no es sencilla. Las cifras estimadas varían entre 33.000¹⁰⁴ y 260.000¹⁰⁵ abortos al año. Estas grandes diferencias en las estimaciones se deben a que en Chile no hay registro, ni posibilidad de conocer la cantidad de abortos que se hacen clandestinamente:

“En todos los países, sin importar el estatus legal del aborto inducido, algunas mujeres que tienen embarazos no planeados recurren al aborto para terminarlos. Chile no es la excepción a este patrón mundial. Sin embargo, los datos sobre uso de anticonceptivos, embarazos no planeados y otros determinantes del aborto en el país son incompletos o no existen, debido a que en Chile no se llevan a cabo las Encuestas de Demografía y Salud que están disponibles para la mayoría de los países en desarrollo.

¹⁰³ (Sadinsky, 2022)

¹⁰⁴ (Amnistía Internacional, 2015)

¹⁰⁵ (Ojeda & Cárdenas, 2018)

Además de esta falta de datos provenientes de encuestas, la naturaleza clandestina del aborto en Chile tiene como consecuencia que todos los aspectos del procedimiento sean difíciles de investigar. El único estudio nacional, realizado en 1990, estimó que aproximadamente 160.000 abortos inducidos ocurrían anualmente en Chile, equivalente a una tasa de 45 por cada 1.000 mujeres de 15 a 49 años. Las estimaciones más recientes —pero menos corroboradas— que se citan en los medios fluctúan en un rango de 60.000 a 300.000 abortos cada año.

No existen datos sobre las características de las mujeres que tienen abortos en Chile, ni las razones que las llevan a hacerlo. Como señala una investigadora, "no se sabe...quiénes son las mujeres que lo practican, en qué estratos sociales se ubican, a qué edades lo realizan, en qué zonas del país se encuentran o cuáles son sus trayectorias sexuales, reproductivas, biográficas y sociales, así como el tipo de intervenciones a las que recurren, ni las formas en que consiguen gestionarlo". Sin embargo, existe un amplio consenso de que las mujeres chilenas que recurren a la terminación insegura del embarazo y, posteriormente buscan tratamiento por complicaciones, tienden a provenir de los grupos de mayor desventaja socioeconómica del país. Es probable que las razones de las mujeres chilenas sean similares a las que más comúnmente citan las mujeres alrededor del mundo: el deseo de retrasar o terminar la maternidad, el temor a afectar su educación o empleo, la falta de medios económicos para criar a un hijo, la falta de apoyo de su pareja, los problemas en su relación con el padre y la percepción de ser demasiado jóvenes para tener un hijo."¹⁰⁶

En el caso de Chile, cuya despenalización del aborto por causales fue paradigmáticamente tardía, la situación es peculiar:

"[S]egún un informe realizado en 2004 por el doctor Aníbal Faúndez, coordinador del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Federación Internacional de Ginecólogos y Obstetras, **Chile posee la mayor cantidad de embarazos interrumpidos de Latinoamérica**. Las cifras, basadas en los registros de arrestos, muertes y egresos hospitalarios por dicha causa, hablan de 40.000 abortos clandestinos anuales y una tasa de 50 por cada mil mujeres en edad fértil.

"Acá está la menor tasa de mortalidad materna por aborto, pero sin duda, la tasa más alta de abortos de la región" —asegura Faúndez.

Entre 2001 y 2005, los egresos hospitalarios por aborto en Chile alcanzaron un promedio anual de 33.992. Aunque no se especifica entre abortos espontáneos e inducidos, el doctor Ramiro Molina dice que "se estima que el 10% de ellos corresponde a abortos

¹⁰⁶ (Prada, 2016)

naturales, el resto son todos provocados”. Y esos sólo son lo que llegan a registrarse porque algo falla y deben acudir a los hospitales.”¹⁰⁷

Al respecto, se debe señalar que la cantidad de abortos que llegan a complicarse en Chile es un porcentaje muy reducido de la cantidad real de abortos cometidos, a pesar de que la mayoría de éstos se realizan en la ilegalidad:

“En los años sesenta, muchas mujeres chilenas que tuvieron abortos inseguros murieron como resultado de ello, o sufrieron serias complicaciones de salud a corto o largo plazo, para las cuales no recibieron el tratamiento médico que necesitaban. En 1960, ocurrieron 294 muertes maternas por 100,000 nacidos vivos y un tercio de esas muertes fueron atribuibles a abortos inseguros. Una de cada cinco camas en la sección obstétrica de los hospitales estuvo ocupada por mujeres que recibieron tratamiento post-aborto.

La razón de mortalidad materna en Chile disminuyó de 55 muertes por 100,000 nacidos vivos en 1990, a 22 en 2013. La contribución precisa del aborto inducido inseguro en la mortalidad materna no es clara, pero expertos en este campo concuerdan que, actualmente, **hay un número mucho menor de muertes que resultan del aborto inducido inseguro**, en comparación con lo que sucedía hace 50 años. Esta disminución se ha atribuido al aumento en el uso de métodos de aborto más seguros (**principalmente el misoprostol**); a una mejora en el manejo de las complicaciones postaborto por parte de las instituciones públicas chilenas de salud; **y a una menor fecundidad resultante de un mejor acceso a servicios de planificación familiar**.¹⁰⁸

Los datos de egresos hospitalarios a nivel nacional proporcionan indicios indirectos de que la frecuencia del aborto clandestino que resulta en complicaciones de salud lo suficientemente graves para requerir hospitalización, también está disminuyendo. Los casos de morbilidad que resultan del total de embarazos que no llegaron a término disminuyeron de 56.391 en 1964 a 30.434 en 2012, lo que representa una disminución en la tasa de morbilidad de 32 a ocho hospitalizaciones por 1.000 mujeres chilenas en edad reproductiva. Debido al subregistro y a diagnósticos probablemente erróneos, es difícil distinguir cuál es la proporción de esas hospitalizaciones que involucran a mujeres con complicaciones por intentos de aborto inseguro, en comparación con aquellas que requieren atención por complicaciones relacionadas con otras razones por las cuales los embarazos no llegan a término (como en el caso de embarazos ectópicos o molares, o la pérdida espontánea del embarazo).¹⁰⁹

Por lo demás, por traumático o riesgoso que pueda llegar a ser, llevar a cabo un aborto en Chile es relativamente sencillo:

¹⁰⁷ (Figueroa, 2008)

¹⁰⁸ Énfasis añadido por la autora.

¹⁰⁹ (Prada, 2016)

“Estudios realizados a pequeña escala y la evidencia anecdótica sugieren que las mujeres chilenas de mayores recursos económicos tienen acceso a abortos seguros de proveedores capacitados, cuyas técnicas más comúnmente usadas se cree son la dilatación y legrado, la aspiración manual endouterina y, cada vez con mayor frecuencia, el aborto médico con misoprostol. Por su parte, las mujeres chilenas más pobres usualmente no pueden pagar los honorarios que cobran los obstetras y ginecólogos privados por efectuar procedimientos seguros. Sin embargo, el aumento en el acceso al misoprostol fuera de los entornos formales de atención a la salud demuestra que la falta de recursos económicos puede haber dejado de ser lo que alguna vez fue — una barrera insuperable para obtener un aborto relativamente seguro. Un estudio a pequeña escala realizado en 2013 acerca de mujeres acusadas de infringir la ley de aborto chilena, encontró que las interrupciones de embarazo usando misoprostol cuestan entre US\$75 y US\$215, mientras que se dice que los procedimientos quirúrgicos de diferentes niveles de seguridad realizados por médicos pueden costar hasta US\$2,000.

Aunque es ilegal cuando se vende o se usa para inducir el aborto, el misoprostol puede adquirirse fácilmente en Chile a través de internet, y también está disponible por medio de algunos proveedores de servicios de aborto clandestino.¹¹⁰

Cuando se usa en las primeras nueve semanas de embarazo y en la dosis correcta, el medicamento es efectivo en un 75% a 90% de los casos. Sin embargo, cuando se usa después del primer trimestre o con dosis equivocadas, este método puede resultar en aborto incompleto, hemorragia abundante y otras complicaciones. Al parecer, muchos comerciantes sin escrúpulos venden por internet píldoras falsas o las suministran a las mujeres con dosis incorrectas, a la vez que cobran altos precios por ellas. Con frecuencia, el medicamento viene sin información sobre su uso correcto aunque se suministre la dosis correcta.”¹¹¹

“En la actualidad, casi no hay riesgo en abortos. Generalmente llega una mujer sangrando, con la historia de haber quedado embarazada. Se hace una ecografía para ver si tiene restos de aborto. No tiene fiebre, no tiene infección; se pasa a pabellón, se le hace un raspado, se le deja el útero limpio y al día siguiente se va para su casa” –agrega Gayán.

Una causa del descenso en la peligrosidad de los embarazos interrumpidos es la masificación del uso del Misoprostol (Misotrol o Misogran), una prostaglandina que se vende en farmacias como antiulcerante con receta retenida bajo la forma de comprimidos blancos hexagonales. Pero en Internet y sin receta se pueden adquirir como si fueran dulces por una suma que va entre los 30 y los 35 mil pesos.

¹¹⁰ Énfasis añadido por la autora.

¹¹¹ (Prada, 2016)

En el uso abortivo, 4 pastillas de Misotrol introducidas en la vagina le dan elasticidad al cuello del útero, favorecen sus contracciones y producen una hemorragia que, en caso de embarazo, genera la expulsión del embrión implantado. Su efectividad es del 78%, pero si a eso se le suma mifepristona, una hormona natural que es fundamental para mantener un embarazo, la efectividad es del 98%. El resultado se asemeja al aborto espontáneo lo suficiente como para no haber forma de diferenciarlo.”¹¹²

Teniendo presente lo señalado anteriormente, se debe agregar a este fenómeno social, la baja criminalización efectiva del aborto en Chile:

“De acuerdo a la información aportada por el [Ministerio Público], en el período 2010-2020 se registra un total de 1.716 casos de aborto ingresados, lo que representa un promedio de 156 casos nuevos al año, (...).

Del total de casos ingresados, la mayoría corresponde al tipo penal de aborto consentido “fuera de los casos permitidos en la ley” (56,4%), Sin embargo, la información disponible resulta limitada por cuanto al agruparse bajo esta categoría tanto los casos tipificados bajo el artículo 342 n° 3 como los casos bajo el artículo 344 del Código Penal (que sanciona el aborto cometido por un tercero a una mujer que consiente en ello y a la mujer que se causa un aborto o consiente en que otra persona se lo realice, respectivamente), no resulta posible conocer en qué medida los casos identificados como aborto consentido corresponden a mujeres que han decidido interrumpir su embarazo.

Por otra parte, entre 2010 y 2020 se registra un total de 1.865 personas imputadas por aborto, es decir, un promedio de 169,5 al año. De las personas imputadas respecto de las que se dispone de información sobre su sexo (1.329 personas), el 78,7% son mujeres. En tanto, 362 personas han sido formalizadas por aborto en el período reportado, de las cuales el 68,8% son mujeres, evidenciando que la persecución criminal afecta en mayor medida a mujeres.

Además, cabe señalar que entre el 1° de enero de 2019 y el 31 de diciembre de 2020, 146 personas han sido condenadas por el delito de aborto, 84 mujeres y 62 hombres, es decir, más de la mitad de las condenas recae en mujeres (57,5%).”¹¹³

Teniendo presente que se estima que la cantidad de abortos clandestinos cometidos en Chile superan los cientos de miles al año, la criminalización efectiva de la práctica abortiva es muy menor.

Habiendo expuesto la situación práctica del aborto en Chile, se pasará a analizar el marco regulatorio chileno, comenzando con la criminalización de la conducta en el Código Penal, el carácter de este delito y las disposiciones impuestas por la ley n° 21.030 que despenaliza el aborto en 3 causales.

¹¹² (Figueroa, 2008)

¹¹³ (Corporación Humanas, 2021)

Legislación: El aborto en Chile en las leyes vigentes

Como se ha señalado anteriormente, el aborto en el derecho nacional se encuentra tipificado como delito, en la primera sección del Título Séptimo de nuestro Código Penal (*Crímenes y Delitos Contra el Orden de las Familias, Contra la Moralidad Pública y Contra la Integridad Sexual*), artículos 342 y siguientes.

Esta ubicación de delito de aborto en nuestro Código Penal causa interés, ya que no es una disposición al azar. Según A. Castillo:

“(...) Lo curioso de esta regulación es que, si bien existe un reconocimiento estandarizado respecto a que el aborto es concebido como un delito contra la vida en su segundo nivel de protección como vida dependiente, el legislador nacional lo ha regulado bajo el título de “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. El aborto en este sentido no es a la luz de la regulación del Código Penal vigente, un delito que atente contra la vida en los términos que éste lo concibe, no es un delito comprobable al homicidio, al parricidio o aún al infanticidio. (...) en nuestra legislación es constatable que la regulación del aborto no es análoga a la de las personas, (...)”¹¹⁴

El artículo 342 del Código Penal, correspondiente al delito de aborto, señala:

“El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciera violencia en la persona de la mujer embarazada.

2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”

Con respecto a este artículo, se ha generado controversia con respecto al vocablo “maliciosamente”, ya que podría tener diferentes acepciones: En principio, se había considerado el vocablo “de propósito”, siguiendo el modelo original español. Este se cambió por la expresión realmente utilizada “con la finalidad de evitar el castigo de personas que procedían de buena fe, aunque de propósito”. Esta consideración fue estampada en las actas de la siguiente manera: “la expresión de propósito pudiera aplicarse a muchas

¹¹⁴ (Castillo Ara, 2010, pág. 6)

personas que de buena fe, proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto i da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro”¹¹⁵

En cuanto al bien protegido con la criminalización de la conducta, se pueden señalar dos: En primer lugar, está la vida del *nasciturus*, como ya se señaló anteriormente. Por otro lado, este artículo también considera la autonomía reproductiva e intangibilidad física de la madre, en la medida que fuera compatible con la vida del no nacido. Esto se puede ver en que existe una diferencia regulatoria entre los numerales 1° y 2°, donde se habla de la procedencia de la acción por parte de terceros, sin el consentimiento de la madre, y el 3° que señala una pena explícitamente diferente en el caso contrario.

Por otro lado, aunque el artículo 342 considera la autonomía reproductiva e intangibilidad física de la madre en su numeral 3°, el Código Penal sólo la protege tangencialmente, si lo vemos de forma sistemática. Esto se puede ver con lo señalado actualmente en el artículo 344 del citado Código:

“La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.”

Lo llamativo de éste artículo es que la protección tangencial a la se hizo referencia, se puede ver en la atenuante del inciso segundo, doctrinariamente llamada “aborto honoris causa”, la que daría cierto espacio a la autonomía reproductiva de la madre.

Es preciso hacer notar que la frase “fuera de los casos permitidos por la ley” fue agregada al Código Penal recién en 2017, con la entrada en vigencia de la ley N° 21.030 que permite el aborto por causales. La redacción de este articulado, vigente desde la publicación del Código Penal en el año 1874, no había cambiado en absoluto hasta la entrada en vigencia de la ley N° 21.030, condenando el aborto, tanto cometido como consentido por la mujer en todas sus formas.

Es muy importante hacer notar que es el aborto, entendiendo este como la “acción maliciosa” a la que se refiere el artículo 342, el que estaba criminalizado en todas sus formas, ya que en la evolución de la regulación de la figura en nuestro país hay una anomalía significativa, la que se pasará a exponer.

¹¹⁵ (BCN, 2013, pág. 7)

Evolución histórica de la regulación del aborto

Para el año 1931, con la entrada en vigencia del primer Código Sanitario, se permitía lo que hoy se denomina “aborto terapéutico”: Regulado en su artículo 226, el Código Sanitario de 1931 estipulaba lo siguiente:

“Sólo 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 (o por falta de facultativos en la localidad, se documentar(á) lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.”¹¹⁶

Cabe señalar que esta figura no se corresponde con la figura del aborto consentido por la mujer. Como se puede ver en la normativa, en este procedimiento médico que buscaba interrumpir el embarazo, no mediaba ni una conducta maliciosa, como se estipula en el artículo 342, ni que la acción fuera cometida o consentida por la mujer en los términos del artículo 344. Además, como ya se señaló, esta institución del “aborto terapéutico” se establece dentro del Código Sanitario, como el artículo final del Título III (“Del ejercicio de la medicina y profesiones similares”), del Libro IV (“De la policía sanitaria”).

Con lo anterior, es claro que lo que regulaba el Código Sanitario no era el aborto *per se*, sino un procedimiento médico que facultaba a los médicos a tomar la decisión de interrumpir el embarazo cuando las necesidades médicas lo requerían. Es verdaderamente notable el hecho de que en las regulaciones sanitarias de esta conducta legítima para los facultativos médicos de esa época no se exigiera el consentimiento de la mujer para llevar a cabo la acción de interrumpir su embarazo.

Mientras el Código Sanitario de 1874 estuvo vigente, este artículo fue interpretado por los médicos de la manera más restrictiva, ya que se autorizaba la interrupción del embarazo sólo en aquellos casos en donde peligraba la vida de la madre. A pesar de esto, los índices de la época, mostraban que la cantidad de abortos en el país estaba aumentando, tanto hospitalarios, como por fuera. Para 1938 se estimaba que sólo la mitad de los abortos ocurrían en hospitales¹¹⁷, a pesar de que éstos mismos habían subido un 300%¹¹⁸.

Para el año 1952, cuando se creó el Servicio Nacional de Salud, el área de salud materno-infantil correspondía a uno de los principales problemas sanitarios que enfrentaba

¹¹⁶ (BCN, 1931)

¹¹⁷ (Núñez & Casas, 1998)

¹¹⁸ (Monreal, 1993)

el país. A pesar de la creación del SNS, para el inicio de la década de 1960 el aborto todavía causaba alrededor del 40% de las muertes maternas.

En 1962, el Director General de la SNS, Dr. Gustavo Fricke, intentando solucionar la crisis señalada, convocó a una Comisión Asesora en Política de Regulación de Fecundidad, que elaboró estrategias para reducir la alta tasa de abortos inducidos y sus complicaciones. Siguiendo esta línea, en 1964, se creó la primera política de Planificación Familiar, que derivó, en 1967 en la formulación de la Política de Población y Salud Pública. Sus objetivos fundacionales fueron los siguientes: (1) Reducir la tasa de mortalidad materna relacionada, en gran medida, con el aborto provocado clandestino; (2) Reducir la tasa de mortalidad infantil relacionada con el bajo nivel de vida, en sectores de población de alta fecundidad; y (3) Promover el bienestar de la familia, favoreciendo una procreación responsable que permitiese, a través de la información adecuada, el ejercicio y el derecho a una paternidad consciente.

En virtud de lo señalado, para el año 1968 se estableció un nuevo Código Sanitario que, en su artículo 119 señalaba: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.”¹¹⁹

La decisión de cambiar los estrictos requisitos de lo que había sido dispuesto en el primer Código Sanitario se hizo para facilitar la interrupción del embarazo por propósitos médicos, lo que comenzó a denominarse “aborto terapéutico”.

Con esta nueva regulación, la decisión de realizar estos procedimientos se dejaba exclusivamente a la opinión médica, lo que se tradujo en interesantes consecuencias. Entre la aplicación de esta nueva regulación, lo realizado por el Hospital Barros Luco, en materia de abortos provocados consentidos por la mujer, fue notable:

“Los funcionarios del Hospital Barros Luco, ubicado en la comuna de San Miguel, se veían enfrentados, en las décadas de los 60 y 70, a las graves consecuencias que traía sobre la salud de las mujeres la falta de programas de planificación familiar y educación sexual. El aborto inducido era considerado un problema de salud pública y de inequidad social que alcanzaba tal gravedad que se le consideraba “una epidemia”, llegando a ser el aborto provocado el responsable del 40% de las muertes maternas en el año 1964. Los abortos clandestinos e inseguros, además de ser responsables de las altas tasas de mortalidad materna, dejaban muchas veces con graves secuelas a las mujeres que sobrevivían a ellos: muchas sufrían la pérdida de órganos, septicemias y hemorragias. Frente a esta dramática situación, (en) el año 1965 se puso en marcha, en el Hospital Barros Luco, un programa de educación sobre los riesgos de aborto y los métodos para su

¹¹⁹ (BCN, 1968)

prevención, el cual se amplió posteriormente. A pesar de estos esfuerzos y de la importancia que tomaba dentro de nuestro país las políticas de planificación familiar, en el año 1971 existía una elevada incidencia de embarazos no deseados debidos a fallas de los métodos anticonceptivos, lo cual impulsó a los médicos del Hospital Barros Luco a realizar abortos terapéuticos a pacientes derivadas de las clínicas de anticoncepción situadas en el área de influencia del establecimiento, cuyos embarazos fueran producto de la falla del método anticonceptivo. De acuerdo con la interpretación hecha por estos médicos, el embarazo no era deseado, puesto que se había producido a pesar del uso de métodos anticonceptivos (lo cual constaba en la historia clínica de la paciente), lo cual habría de conducir a un aborto inducido. Por lo tanto, la intervención médica lógica era la interrupción segura del embarazo, a fin de no exponer a la mujer a los riesgos de un aborto clandestino. Finalmente, el año 1972, el hospital consideró, sosteniendo una interpretación amplia del artículo 119 del Código Sanitario, que el aborto ilegal ponía en peligro la vida y salud de las mujeres de grupos socioeconómicos más modestos, por lo tanto, al impedir estos riesgos, el aborto terapéutico era legal. De esta forma se incluyen factores psicosociales y culturales dentro del concepto de terapéutico, considerando la pobreza como un factor de riesgo para la salud y la vida de las mujeres.

Para proceder a la interrupción del embarazo en este hospital, se exigía lo siguiente:

- a) Que la gestación no superara las 12 semanas.
- b) Que la mujer demostrara vivir dentro del área de cobertura del hospital.
- c) Que la mujer aceptara utilizar un método anticonceptivo eficaz, de acuerdo a sus necesidades y preferencias, después de la intervención.

Antes de aceptar el procedimiento se instaba a la mujer a desistir de su decisión, sin embargo, sus razones no eran cuestionadas. Si no era posible disuadir a la paciente, la solicitud para la interrupción del embarazo era aprobada o rechazada por la sección de abortos de la maternidad, donde un equipo compuesto por el Jefe de la Maternidad, tres médicos y una matrona evaluaban las peticiones.

Los criterios que se manejaban para priorizar la atención de las pacientes decían relación con la situación socioeconómica, la multiparidad y la falla de los métodos anticonceptivos. Una vez aceptada la solicitud, la intervención era gratuita.”¹²⁰

Como se puede notar, la decisión tomada por el Hospital Barros Luco de interpretar de manera liberal la posibilidad legal de la aplicación del aborto terapéutico fue pionera en su tiempo, asemejándose a regulaciones liberales actuales sobre el aborto inducido:

“Este programa adoptado por el Hospital Barros Luco significó un gran incremento en la carga de trabajo del hospital: en seis meses, las 89 interrupciones que se realizaban

¹²⁰ (Herrera Corthorn & Ruiz Barbaste, 2010, pág. 29 y ss.)

mensualmente pasaron a casi quinientas. Durante el año y medio que se aplicó este programa, el cual fue interrumpido en septiembre de 1973 por el gobierno militar, se realizaron cerca de 2 mil intervenciones. Además, se observó una disminución de las complicaciones derivadas de la práctica de abortos clandestinos y sólo hubo una muerte materna derivada de complicaciones de un aborto inducido entre enero y septiembre de 1973, en circunstancias que, en igual periodo del año anterior, se habían registrado nueve muertes por esta causa.”¹²¹

Con la práctica de esta regulación a nivel general, las tasas de mortalidad materna y mortalidad por aborto se redujeron en un 50% entre los años 1966 y 1973¹²². Según datos disponibles de la época, la tasa de aborto también bajó entre los años 1961 y 1973. “Mientras la tasa de abortos hospitalizados para 1960 era de 31,1 por cada 1000 mujeres en edad fértil (15-49) en 1973 fue sólo del 21,1.”¹²³

Sin embargo, para considerar estos datos, cabe recordar que en el año 1961 sólo el 47% de los abortos eran hospitalarios, en el año 1966, sólo el 45% y para 1970 se estima que sólo era el 36%.¹²⁴

Esta tendencia en la praxis médica, que parecía evolucionar orgánicamente hacia el resguardo de los derechos humanos de las mujeres, fue interrumpida por las nuevas regulaciones impuestas por el gobierno militar, que fueron consolidadas en la ley N° 18.826 de 1989, que eliminó la permisión de la interrupción del embarazo en política sanitaria, cambiando la redacción del citado artículo 119 del Código Sanitario a: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”

En este punto, es menester señalar que esta fue la primera ocasión en que el Código Sanitario ocupó el vocablo *aborto* para referirse a la interrupción del embarazo, alienando de esta manera el procedimiento de la esfera médica, para llevarlo a materia penal.

Un aspecto notable de esta ley, es la fecha de su publicación (15 de septiembre de 1989), a sólo unos meses del retorno de la democracia al país.¹²⁵ Esto se puede entender en razón de que la regulación del aborto terapéutico no había sido una gran preocupación del gobierno militar, ya que controlaban la aplicación de la norma directamente, como se pudo apreciar con la censura de las acciones realizadas al respecto por el Hospital Barros Luco hasta el año 1973. Sin embargo, tras perder el plebiscito del 5 de octubre de 1989 y la inminente vuelta a la democracia, el tema se tornó preocupante para el Almirante Comandante en Jefe de la Armada José Merino Castro, quien era miembro de la Junta de Gobierno y Presidente de la primera Comisión Legislativa, “quien temía que sin los militares

¹²¹ (Herrera Corthorn & Ruiz Barbaste, 2010, pág. 30)

¹²² (Núñez & Casas, 1998)

¹²³ (BCN, 2013)

¹²⁴ (Monreal, 1993)

¹²⁵ (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 78)

en el poder, vendría “una versión chilena del destape español, por lo cual era necesario dejar resguardos para evitar este debacle moral que se aproximaba”¹²⁶

Ante esta problemática, se estableció un proyecto de ley que en un principio sobreponía claramente la vida del que está por nacer por encima de los derechos de las mujeres gestantes. En su preámbulo, este proyecto señalaba:

“1.- Con el propósito de contribuir a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19, N° 1, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, que textualmente señala: “La ley protege la vida del que está por nacer”, y luego de un exhaustivo estudio de las normas relativas a estas materias, este Comandante en Jefe ha concluido que ellas no son consecuentes con la garantía constitucional antes aludida. En efecto, en el caso del Código Sanitario, la amplitud e imprecisión de su artículo 119 no resguarda la vida en su etapa intrauterina y, en el Código Penal, éste al señalar las penas para las conductas típicas incurre en una doble valoración de la “Vida”, según sea que el ser haya nacido o aún se encuentre en el vientre materno.

2.- Dada la complejidad del tema y sus múltiples implicancias, en el estudio pertinente se consultó legislación extranjera, tratadistas y la opinión de médicos y moralistas de reconocida solvencia y prestigio profesional, y moral, luego de lo cual se elaboró un proyecto de ley que se fundamenta en el principio moral y científico de que la vida se inicia antes del alumbramiento y, en consecuencia, su existencia debe ser eficazmente protegida, particularmente por la imposibilidad de que ese ser no pueda defenderse. Todo ello se afina en el concepto básico de que ese ser tiene el derecho natural, a su propia vida.

3.- La iniciativa que vengo en someter a la consideración de V.E. consta de dos artículos: el 1° que modifica el Código Sanitario, para cuyo caso propone reemplazar el artículo 119 por uno nuevo que, estableciendo la prohibición de efectuar acciones abortivas, resuelva igualmente la situación de la muerte del ser en gestación como consecuencia indirecta y no deseada de una acción médica necesaria que deba desarrollarse en la madre enferma y en el artículo 2° se propone reemplazar los artículos 342 al 345 del Código Penal, para lo cual se ha estimado conveniente iniciar el párrafo con la descripción del tipo penado, y luego modificar las penas asignadas, asimilando éstas a las que ese mismo Código contempla para el delito de homicidio simple.

4.- Se ha estimado conveniente legislar en ambos cuerpos legales conjuntamente, a fin de lograr entre ellos una debida armonía y concordancia con una idea central en lo sustantivo y en la reprochabilidad social que se aplique a las conductas transgresoras.

5.- Finalmente, conviene señalar que el proyecto representa el punto de partida ineludible para que autoridades, profesionales y ciudadanos de este país hagan suya la

¹²⁶ (Herrera Corthorn & Ruiz Barbaste, 2010, pág. 33)

profunda reafirmación moral que representa el mandato constitucional, reforzando las acciones protectoras para la vida del que está por nacer.”¹²⁷

El articulado de este proyecto de ley contempla aristas interesantes para la discusión de este trabajo. En primer lugar, en la modificación propuesta por el proyecto para el artículo 342 del Código Penal, se emparejaba por primera vez la caracterización del procedimiento médico, con el delito de aborto, habiéndose redactado de la siguiente manera:

“Artículo 342: El que maliciosamente interrumpiere y el que consintiere que otro interrumpa el proceso de gestación de un ser humano en cualquier de sus etapas, con o sin expulsión desde el vientre materno, causando la muerte del fruto de la concepción, comete el delito de aborto y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.”¹²⁸

En vista de que esta nueva disposición dejaba sin lugar a los procedimientos médicos que intentaban salvar la vida de la madre, el proyecto de ley también contemplaba la modificación del Código Sanitario, en su artículo 119, inciso segundo, donde se estipulaba qué conductas médicas realizadas por funcionarios médicos no se considerarían abortivas como tal: “No se considerarán destinadas a producir la interrupción del proceso de gestación, aquellas acciones médicas que necesariamente deban ejecutarse en la mujer gestante durante el curso del tratamiento de una enfermedad grave y que provocan indirectamente la muerte del feto, aun cuando ésta fuera previsible.”¹²⁹

La discusión legislativa de este proyecto fue bastante llamativa, teniendo en consideración que se hizo por la Junta de Gobierno en contraposición a los proyectos normales en el Congreso.

El proyecto de ley estipulado por el Almirante Merino fue pasado por 4 Comisiones Legislativas de las cuales sólo la Primera estuvo de acuerdo con la idea de legislar sobre la materia. La Primera Comisión se refirió a la Moción en los siguientes términos:

“(…) Sostiene que tienen el mismo valor jurídico la vida del que está por nacer, desde el momento mismo de la concepción, y la del que ha nacido. Por lo tanto, no debe haber diferencias en cuanto a la protección de la vida de ambos.

(…) En efecto, debe describirse en qué consiste la conducta abortiva; debe definirse desde cuándo existe vida humana, es decir, desde cuando existe sujeto pasivo. La indefinición del Código Penal significa dejar un tipo penal aborto entregado al criterio del juez, lo que constituye un problema jurídico penal que podría producir arbitrariedades, como, por ejemplo, que un juez condene el uso de píldoras abortivas y otro no, o que otro sostenga que *no es atentar contra la vida causar un aborto antes de la anidación del (h)uevo o embrión*.

¹²⁷ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 2)

¹²⁸ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 4)

¹²⁹ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 5)

La definición del aborto permitiría cerrar la posibilidad de que se usen en nuestro país las píldoras abortivas, sancionar el aborto desde el momento mismo de la concepción y no dar cabida al “sistema del plazo” o al “sistema de las indicaciones”.

Sin perjuicio de reconocer que los motivos por los cuales se comete el delito de aborto están vinculados a veces a situaciones extremas, se considera que las normas del Código Penal son suficientes para considerarlas eximentes de responsabilidad.

(...)

En cuanto al aborto terapéutico, el Código Sanitario lo autoriza. El proyecto, en cambio, jamás, porque no es lícito ni jurídico matar un embrión, sin perjuicio que puedan haber factores atenuantes de culpabilidad.”¹³⁰

Por otro lado, la Segunda Comisión Legislativa tomó una postura completamente distinta a la Primera, rechazando la idea de legislar la materia:

“La vida del que está por nacer se encuentra amparada dentro de las garantías constitucionales y el delito de aborto está contemplado en nuestro Código Penal.

El aborto tiene connotaciones médicas, sociales, éticas, religiosas, jurídicas y hasta psicopatológicas, por lo que es indispensable separar lo ético moral de la ilicitud del aborto, y del aumento de las penas para este delito.

Según estudios sobre el tema, la mujer que aborta tiene entre 35 y 40 años, es de clase media y tiene dos hijos. Esto conduce a pensar que antes de estudiar una penalidad distinta para este delito sería necesario investigar las razones que la llevan a abortar.

Atendiendo a que sólo llegan a los tribunales los casos de abortos con complicaciones, que son los que se producen en personas de escasos recursos, sólo van a ser sancionadas con mayor pena las personas de este segmento de la población. (...) En consecuencia, se considera que por la vía de aumentar las penas no se vaya a resolver el problema, pues cada vez que ellas aumentan, los tribunales se muestran reacios a aplicarlas.

La Moción define el aborto pues se sostiene que ello es necesario con el objeto de que exista igualdad de aplicación de parte de los jueces. Esta Comisión considera poco aconsejable hacerlo pues los tribunales siempre han actuado uniformemente respecto de este delito sin necesidad de definición. Además, existen discrepancias en el ámbito científico sobre la determinación del momento en que comienza la vida y sobre lo que se entiende por aborto y no sería atinado que el legislador se abocara a definir estas materias.

(...)

Respecto del aborto terapéutico, sostiene que es prácticamente inexistente, por lo que considera innecesario legislar sobre un problema que no existe.”¹³¹

¹³⁰ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 8 y 9)

¹³¹ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 10)

La Tercera Comisión también rechazó la idea de legislar en los términos del proyecto, pero sugirió que se perfeccionara el artículo 119 del Código Sanitario:

“Es de opinión que la protección de la vida del que está por nacer quede entregada a la ley y que es imposible equiparar la vida dependiente a la independiente, pues son un mismo bien jurídico, pero con connotaciones distintas.

(...) Estima inconveniente establecer un delito culposo en esta materia y no es partidaria de aumentar su penalidad, lo que sólo llevaría a una ineficiencia de la norma sin lograrse una corrección de la conducta social.

El proyecto elimina la indicación terapéutica. Esta Comisión opina que por el contrario, debe perfeccionarse de manera que comprenda la vida y la salud de la madre y estudiar la posibilidad de incluir otras indicaciones, como lo hacen algunas legislaciones, para dar una salida a casos absolutamente excepcionales como la violación de la madre.”¹³²

Por último, la Cuarta Comisión también rechazó la idea de legislar y expresó que la tendencia mundial de la época ya iba hacia la despenalización del aborto. Además, señala:

“Las cifras sobre el aborto van en franco descenso a raíz de la difusión de los anticonceptivos. Se trata de un proceso cultural, de disponibilidad económica y de abaratamiento del precio de los anticonceptivos. Por lo tanto, no puede hablarse de número de abortos clandestinos, pues por su misma clandestinidad, es imposible llegar a cifras exactas.

La rigurosidad de la ley no conseguirá el efecto deseado, sino que sólo significaría subir la tarifa por el aborto clandestino, debido al aumento del riesgo.

(...)

Finalmente, respecto del aborto terapéutico, es de opinión de no legislar por cuando ha caído en desuso.”¹³³

Ante el contundente rechazo de la idea de legislar respecto a la definición de aborto y al aumento de las penas en el Código Penal, el proyecto de ley fue de vuelta a la Comisión Conjunta, y se decidió por discutir sólo respecto a la modificación del Código Sanitario, que proponía la eliminación de la legitimidad de la interrupción del embarazo con fines terapéuticos:

“En el contexto de la norma vigente, el llamado aborto terapéutico está justificado por el carácter permisivo de ella. La conducta del médico en este caso, a pesar de ser típica, no es antijurídica, pues el aborto terapéutico consiste en la muerte del producto de la concepción con la sola finalidad de salvar la vida de la madre o evitar graves riesgos para su salud física o psíquica.

¹³² (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 11)

¹³³ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 12)

En definitiva, la actual legislación sanitaria acepta el aborto, esto es, la acción directa sobre el feto, con el fin de defender la vida, integridad corporal o salud de la madre.

La reforma que se propone elimina la legitimidad del llamado aborto terapéutico, puesto que prescribe que “no podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto”. En el ámbito penal, este texto significa proscribir las acciones directas contra el feto, aun cuando tengan por finalidad defender la vida o salud de la madre.

Según antecedentes enviados por distintas entidades científicas y religiosas, el aborto terapéutico no tendría aplicación, ya que en la actualidad, debido a los notables avances de la ciencia, es muy poco probable que exista una contraposición entre la vida de la madre y la del feto, de manera que estimó inconveniente mantener vigente una norma legal que regula una situación que ha caído en desuso y que sólo se utiliza como resquicio para realizar una enorme cantidad de abortos en hospitales y clínicas.

Si bien es cierto que se consideró la posibilidad de que existirían algunos remotos casos en que el aborto terapéutico podría tener aplicación, se estimó innecesario mantener la norma para casos extremadamente excepcionales, considerando que en esa situación el juez va a aplicar las disposiciones generales del Código Penal.

(...)

Con la aplicación de la norma propuesta, el hecho siempre tendrá el carácter de ilícito, es decir, en el ámbito penal del ordenamiento jurídico, la conducta será típica y antijurídica (no expresamente autorizada). Por ello, el médico sólo podrá evitar la sanción penal por la vía de la exculpación, acreditando que el ilícito cometido no le es reprochable personalmente por la concurrencia de circunstancias concomitantes que le significaron la no exigibilidad de una conducta conforme a los mandatos del Derecho Penal.¹³⁴

Con lo propuesto por la Comisión Conjunta, el proyecto de ley fue pasado a la Junta de Gobierno, en donde se reitera la idea de que las razones por las que se estaría prohibiendo el aborto terapéutico es porque en la práctica médica del momento, su uso en los términos en los que fue concebido, sería inexistente.¹³⁵

En la discusión que procedió, se tocaron varios puntos interesantes: Uno de ellos fue el planteado por el General Matthei quien había sido testigo de un aborto terapéutico legítimo provocado a su mujer: “En uno de los embarazos de mi mujer, el médico tuvo que provocar un aborto, y después se vio que el feto tenía una grave malformación al riñón, estaba francamente enfermo, y, probablemente, habría causado la muerte de mi mujer. Reitero: hubo que provocar el aborto. Yo pregunto: ¿eso es delito? Ahora lo sería. (...) Lo indicado sucedió con cuatro meses de embarazo y fue muy grave. Realmente, en ese momento estaba en peligro de muerte y hubo que provocar el aborto. Hoy en día, eso será

¹³⁴ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 15)

¹³⁵ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 16)

delito.”¹³⁶ Al haber dado el ejemplo de que el feto, además de hacer peligrar la vida de la madre que fue lo que legitimó el aborto terapéutico, tenía una malformación grave en el riñón, se abrió la discusión sobre la posible legitimidad del aborto por inviabilidad, pero esto fue rápidamente acallado por el Almirante Merino, quien hizo notar que la ley que se estaba intentando modificar no permitía el aborto eugenésico y se estaba tratando de legislar para prohibir el aborto terapéutico, no para dar más cabida a una despenalización del aborto. Debido a las conductas de antaño de los hospitales que ocuparon el antiguo artículo 112 del Código Sanitario con una interpretación amplia, la discusión en la Junta Militar volvió a tocar temas de la posible legitimidad de las otras causales para el aborto (inviabilidad y violación), pero fue nuevamente acallada debido a que la discusión era para realizar la modificación del Código Sanitario para criminalizar el aborto en todas sus formas. Ante esto, el General Matthei señaló:

“Deseo agregar lo siguiente. Estoy de acuerdo en que, como se está manejando en este momento, la profesión médica ha hecho abuso de algo que en su tiempo se realizó como legítimo. (-) A mi modo de ver, en la actualidad, en la profesión médica hay gente absolutamente inescrupulosa que se olvida de todos sus juramentos y se dedica a esto como un medio para ganar dinero. ¿Cuántos abortos de este tipo se efectúan en un año? pues son nada más que abortos practicados por ciertos médicos que se ponen de acuerdo y firman.”¹³⁷

Ante lo señalado por el General Matthei, el Ministro de Salud respondió:

“Hasta hace 8 años, no se han continuado realizando abortos terapéuticos con la firma de dos médicos, pero, en este momento, ¿qué llega a los hospitales todavía, en grandes cantidades? Veintidós mil, concretamente, en 1987, según la última estadística de que dispongo: llegan mujeres con abortos provocados a medio hacer. (...) e indudablemente, hay que terminar de hacérselos en el hospital, debo decirlo en forma franca, pues no se puede dejar a la persona sangrando”¹³⁸

Este dato abrió una nueva temática en la discusión, relacionada con la utilidad de la ley a nivel social y legislativo. Ante los datos expuestos por el Ministro, el General Matthei planteó la problemática, preguntando si con la nueva ley se erradicarían veintidós mil abortos al año, a lo que el ministro respondió que aquello era absolutamente imposible. El General, ante esto, señaló entonces la otra posibilidad de que, debido a la nueva ley, estas cifras se convertirían en veintidós mil mujeres en la cárcel, a lo que el Ministro de Salud volvió a responder en negativa:

¹³⁶ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 17)

¹³⁷ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 20)

¹³⁸ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 25)

“Entonces, esto no tendría efecto práctico. Si aquí estamos eliminando el aborto terapéutico y éste no se practica en Chile hace ocho años, estamos suprimiendo algo que no se hace, o sea, esta ley en proyecto no tiene trascendencia alguna en la práctica. En el fondo, será una ley sin importancia práctica.”¹³⁹

Luego de volver a discutir la problemática, los presentes concluyeron que los abortos se continuarían realizando, sin que esta ley hiciera algún efecto sobre ese número y que tampoco alteraría el caso de aquellas veintidós mil que llegaban al hospital con complicaciones, ya que el terminar un aborto ya iniciado no entraría en conflicto con la nueva ley, ya que no sería una acción directa o una acción con el fin de ocasionar un aborto. En este momento, también se tocó el tema de la poca criminalización efectiva de la legislación:

“El señor JEFE DE GABINETE DE LA FUERZA AÉREA. - Por otra parte, de los veintidós mil casos de mujeres que llegan a los hospitales de Servicios de Salud con síntomas de aborto y donde éste se termina de practicar, muy pocos pasan a la justicia. Creo que aproximadamente el 5%.

El señor MINISTRO DE SALUD PÚBLICA. - Exactamente.

El señor GENERAL MATTHEI.- ¡Cómo se van a llevar 22 mil mujeres a la cárcel!

El señor MINISTRO DE SALUD PÚBLICA.- Imposible.”¹⁴⁰

Finalmente, el proyecto de ley se aprobó reemplazando el artículo 112 del Código Sanitario por: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”

Esta legislación del aborto, teniendo en cuenta la protección constitucional de la vida del que está por nacer, la criminalización de la práctica abortiva en el Código Penal y la antijuricidad de los procedimientos terapéuticos que buscaban la interrupción del embarazo en el Código Sanitario, fue la regulación del aborto en Chile desde la promulgación de la ley en 1989, hasta la entrada en vigencia de la ley N° 21.030 que despenalizó el aborto en 3 causales, para el año 2017.

Sin embargo, para entender de manera cabal la evolución de la ley N° 21.030, debemos tener presente el desarrollo del tema desde el retorno de la democracia en Chile, teniendo presente que la reforma del Código Sanitario en 1989 fue una de los últimos cambios legislativos que realizó la Junta Militar en nuestro país, habiendo comenzado a legislar al respecto sólo después de haber perdido el plebiscito de 1988.

Ahora bien, como se pudo exponer con la discusión en torno a la reforma señalada anteriormente, ya se estaba considerando el problema de los abortos clandestinos y de la ineffectividad de la ley a su respecto. Es así como, para 1991, recién dos años después de que la reforma del Código Sanitario entrara en vigencia, se volvió a discutir el tema con el

¹³⁹ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 26)

¹⁴⁰ (Estradé-Brancoli, 2016, pág. 30)

ingreso al Congreso del Boletín 499-07, cuyo propósito era anular la reforma instaurada por la Junta Militar, y que el artículo 112 del Código Sanitario volviera a prescribir: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá de dos médico-cirujanos.”¹⁴¹:

A respecto, Harboe y Castillo señalaron: “Ahora bien, desde una perspectiva legislativa –en una cuestión que por cierto la excede–el debate político-moral en torno a la prohibición de la interrupción del embarazo se comenzó a dar en los albores de la recuperada democracia. Muestra de ello es el proyecto de ley que en el año 1991 presentaron la entonces diputada Adriana Muñoz y un grupo de diputados, ingresado con el Boletín 499-07. Este proyecto, de enorme contenido simbólico –que abría la discusión a un enclave moral de la dictadura–, no fue siquiera discutido en el Congreso, y finalmente se archivó en el año 1997.”¹⁴²

Es menester señalar que, a pesar de que el tema de la legitimación del aborto tanto terapéutico como con otras causales, sí se comenzó a discutir desde el retorno a la democracia, no deja de ser llamativo que el tema haya intentado modificarse durante el mismo periodo de tiempo, en distintas direcciones. Prueba de ello fue el proyecto de ley que modifica el Código Penal, aumentando la penalidad del delito de aborto, propuesto por el Senador Hernán Larraín, en el año 1994, que sostenía que, en primer lugar, debía cambiarse la ubicación del delito de aborto en el Código Penal, para que dejara de estar en la sección “Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública” y pasara a ser parte del catálogo de delitos en contra de las personas, en virtud de que se debía considerar al *nasciturus* persona desde la concepción. Además, en vista de la poca criminalización efectiva del delito de aborto, y con la evidencia de la cantidad de abortos clandestinos efectuados, el proyecto también proponía aumentar las penas para desincentivar la práctica del aborto clandestino: “(...) la posibilidad real que el individuo que practica un aborto sea efectivamente privado de libertad, es relativa, ya que por la pena asignada a este delito un alto número de culpables cumplirá la pena en libertad. (-) Esta situación no se colige con lo que debiere ser un mecanismo eficaz que desincentive la comisión de este delito por la vía de sancionar severamente a quienes atenten contra la vida intrauterina y en consecuencia contra quien no tiene ninguna posibilidad de defenderse de estas sanciones. (-) Por estas razones se propone aumentar la duración de las penas privativas de libertad, con el objeto que las personas que sean condenadas a ellas, efectivamente sean privadas de su libertad ambulatoria, de tal manera, que se puedan

¹⁴¹ (Boletín 499-07, 1991)

¹⁴² (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 79)

generar desincentivos para la proliferación de este tipo de conductas al aumentarse los costos que deban evaluarse al momento de tomar la decisión de ocurrir en ellas.”¹⁴³

La existencia de este proyecto, que fue finalmente rechazado para el año 1998, es un indicio de que la regulación integral del aborto en Chile no cumplía con los parámetros necesarios para satisfacer ni la postura que aboga por los derechos humanos de las mujeres (al criminalizar el aborto en todas sus formas), ni la postura que aboga por la defensa de los derechos del *nasciturus*, manteniendo una diferencia sustancial en la protección de la vida independiente de la dependiente, lo que inevitablemente conllevaba a una mínima criminalización efectiva de la práctica.

También es una muestra clara que el proceso de la regulación del aborto en Chile no ha sido una evolución lineal hacia una liberalización de la práctica, sino que ha sufrido de vaivenes en la regulación desde el comienzo de su regulación, con quienes buscan liberalizar el aborto, o criminalizarlo aún más.

Siguiendo la línea de tiempo, y habiendo sido archivados los dos proyectos que señalamos, para el año 2003 se presentó nuevamente una moción para deshacer lo realizado por la reforma del Código Sanitario en 1989:

“Pasó casi un lustro para que se reabriera la discusión respecto de la despenalización del aborto en el Congreso, ahora en razón de una moción presentada por las entonces diputadas Isabel Allende, Carmen Ibáñez, Adriana Muñoz D’Albora y María Antonieta Saa Díaz, acompañadas de un grupo de diputados. El proyecto, de contenido exactamente igual al que se había presentado una década atrás [N° 499-07 de 1991], tuvo el mismo resultado, prácticamente no fue discutido y después de algunos años se archivó.”¹⁴⁴

Ésta práctica fue reiterativa, especialmente respecto a la causal terapéutica:

“Luego, en el año 2006, el entonces senador Nelson Ávila presentó otro proyecto de ley, también restringido al aborto terapéutico, que no tuvo mejor suerte: no se discutió y, al poco andar, se archivó. En el año 2009, un grupo de diputados presentó un proyecto idéntico a los de los años 1991 y [2003], que, fuera de darse cuenta en la Sala, nunca fue analiz[ado].

Todos estos proyectos, y desde luego el reclamo social, en especial de las mujeres, sirvieron de abono para que, a partir del año 2009 se generara en Chile, por primera vez, el escenario para un debate en profundidad respecto de la despenalización de la IVE¹⁴⁵, ya no solo restringido a un supuesto de relevancia terapéutica, sino que a hipótesis más amplias. Este debate se originó sobre la base de tres proyectos. El primero, del senador Camilo Escalona, que permitía la interrupción del embarazo solo con fines terapéuticos, cuando

¹⁴³ (Larraín, 1994, pág. 2)

¹⁴⁴ (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 80)

¹⁴⁵ Sigla de: Interrupción Voluntaria del Embarazo.

fuera previamente autorizada por dos médicos cirujanos. El segundo, de los senadores Guido Girardi y Carlos Ominami que, al igual que el anterior, modificaba el artículo 119 del Código Sanitario permitiendo el aborto con fines terapéuticos, eugenésicos o ético-sociales, o sea, en aquellos casos en que esté en riesgo la vida de la madre y no existan otros medios para evitar dicho riesgo, cuando el feto presente o se establezca clínicamente que presentará graves taras o malformaciones físicas o psíquicas y cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación. En todos los casos se requería el consentimiento de la madre, la intervención de un médico cirujano y la opinión documentada de otros dos médicos cirujanos, pero, además, en el último de los supuestos, la interrupción del embarazo sólo podía practicarse dentro de las primeras 12 semanas de gestación. El tercero, de la ex senadora Evelyn Matthei y el ex senador Fulvio Rossi, que no modificaba el Código Sanitario, pero establecía un sistema de justificación en base a dos indicaciones, en el propio Código Penal, introduciendo nuevos incisos finales al artículo 345 de dicho cuerpo normativo, prescribía que no se consideraría aborto cuando se produjera la muerte del feto como consecuencia de una intervención, tratamiento o administración de algún fármaco que sea indispensable para salvar la vida de la madre –avalado por un grupo de tres médicos–, ni sería punible la interrupción de un embarazo cuando se hubiese certificado por un grupo de tres médicos la inviabilidad fetal. La Comisión de Salud, que precedió el debate en Sala, discutió en general estas tres iniciativas y las aprobó por 3 votos a favor, de los senadores Girardi, Rossi y Ruiz-Esquide, y 2 en contra, de los senadores Chahuán y Uriarte.”¹⁴⁶

Sin embargo, no debemos dejar de lado que, durante la misma época también se presentaron múltiples proyectos de ley que se inclinaban por la protección de los derechos del *nasciturus* y la criminalización del aborto.

Entre estos podemos señalar: I) Proyecto de ley contenido en el Boletín N° 2978-07 del año 2002 que buscaba modificar nuevamente el Código Penal para trasladar el delito de aborto al Título de Crímenes Contra Las Personas, aumentar las penas para el delito y establecer un mecanismo de incentivo al arrepentimiento eficaz de la mujer que hubiera consentido en un aborto, pero que cooperare eficazmente con las autoridades para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delito de aborto¹⁴⁷; II) el del Boletín N° 3608-04 del año 2004, que buscaba autorizar erigir 3 monumentos en memoria de las víctimas del aborto, cuyo primer considerando estipulaba: “Que, el aborto, en cualquier de sus formas, constituye un atentado contra la vida humana y la destrucción del medio natural propicio para su desarrollo. Provoca intencionalmente la muerte de un niño o niña en el vientre de su madre durante cualquier momento desde la etapa de la fecundación y hasta el

¹⁴⁶ (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 80 y 81)

¹⁴⁷ (Boletín 2978-07, 2002)

momento previo al nacimiento(...)"¹⁴⁸; y III) el del Boletín N° 4122-07 del año 2006 que buscaba agregar un nuevo artículo 345 bis al Código Penal para que sólo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto, que señalaba: "Al regular el delito de aborto a través de una reforma constitucional y no a través de una ley simple, como es en la actualidad, se fortalecería la protección que nuestra legislación debe dar a la vida del que está por nacer (...)"¹⁴⁹; entre otros.¹⁵⁰

De todas maneras, a pesar de que la opinión pública y de los distintos sectores políticos en Chile sobre el aborto se viera dividido, la presión social y el avance en derecho internacional de la materia produjo que la legislación se viera indiscutiblemente orientada hacia la despenalización del aborto, al menos en las 3 causales que más se reiteraron en los proyectos de ley:

"El camino en pos de la superación de la criminalización absoluta de la IVE, como se vio, fue largo, pero la demanda de la sociedad civil, en especial de los movimientos feministas, sumado a la realidad de otras latitudes –el hecho que Chile era uno de los pocos países en la orbe en el que existía una prohibición así de drástica en materia de aborto–, permitió que pese a las derrotas legislativas la cuestión del aborto quedara en el debate público, se instalara como un tema de interés social y político y, sin duda, fuese un tema relevante en la campaña presidencial del 2013."¹⁵¹

Compatibilidad de la regulación histórica chilena con el Derecho Internacional

Como se ha señalado anteriormente, el desarrollo de la protección de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos de las mujeres en el derecho internacional había tenido un crecimiento exponencial desde su planteamiento durante la Conferencia sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en el año 1994.

Siendo Chile uno de los Estados miembro de los principales tratados internacionales que regulaban la materia, la prohibición absoluta de la práctica se encontraba completamente fuera de norma, teniendo también en cuenta de que la regulación se presentaba como una anomalía estadística, siendo Chile parte de la minoría mundial que contemplaba una prohibición absoluta.

Ante esta situación, diversos comités comenzaron a pronunciarse por la prohibición absoluta del aborto en Chile:

¹⁴⁸ (Boletín 3608-04, 2004)

¹⁴⁹ (Boletín 4122-07, 2006)

¹⁵⁰ Para revisar la totalidad de proyectos de ley sobre el aborto en Chile ver (Departamento de Servicios Legislativos y Documentales, 2022)

¹⁵¹ (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 86 y 87)

El Comité de Derechos Humanos, que es el órgano que verifica el cumplimiento de las obligaciones internacionales surgidas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1999 señaló: “[l]a 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 deber jurídico impuesto sobre el personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a abortos puede inhibir a las mujeres que quieran obtener tratamiento médico, poniendo así 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. En este sentido el Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica.”¹⁵²

Para el año 2004, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó al Estado que “revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto”¹⁵³;

Por su parte, el Comité de la CEDAW, el año 2006, señaló lo siguiente:

“El Comité expresa su preocupación por la insuficiencia del reconocimiento y la protección de los derechos relacionados con la salud reproductiva de la mujer en Chile. Le sigue suscitando preocupación el hecho de que el aborto en cualquier circunstancia constituya un delito enjuiciable con arreglo a la legislación chilena, lo que puede llevar a las mujeres a la búsqueda de abortos inseguros e ilegales, con los consiguientes riesgos para su vida y su salud, así como por el hecho de que los abortos clandestinos sean la causa principal de mortalidad materna.

El Comité exhorta al Estado Parte a que adopte medidas concretas para mejorar el acceso de la mujer a la atención de la salud, en particular los servicios de salud sexual y reproductiva, de conformidad con el artículo 12 de la Convención y la recomendación general 24 del Comité sobre la mujer y la salud. Pide al Estado Parte que fortalezca las medidas destinadas a la prevención de los embarazos no deseados, en particular haciendo que sean más ampliamente disponibles y asequibles todos los tipos de anticonceptivos seguros y métodos de planificación de la familia, sin ninguna restricción, y aumentando los conocimientos y la concienciación acerca de la planificación de la familia entre las mujeres y también entre los hombres. El Comité también insta al Estado Parte a que reduzca las tasas de mortalidad materna mediante servicios de maternidad segura y asistencia prenatal, y a

¹⁵² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 65° período de sesiones, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párrafo 15.

¹⁵³ Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Chile, 33° período de sesiones, 1° de diciembre de 2004, E/C.12/1/Add.105, párrafo 52.

que adopte medidas para garantizar que las mujeres no tengan que buscar procedimientos médicos inseguros, como los abortos ilegales, debido a la falta de servicios adecuados en relación con el control de la fecundidad. El Comité recomienda que el Estado Parte considere la revisión de las leyes relativas al aborto con miras a suprimir las disposiciones punitivas aplicables a las mujeres que se someten a abortos y les dé acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos inseguros y reduzca las tasas de mortalidad materna, de conformidad con la recomendación general 24, relativa a la mujer y la salud, y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.”¹⁵⁴

Para el año 2007, en el mismo tenor, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas recomendó a Chile: “revisar su postura de penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia, incluso en los casos de violación, incesto y situaciones en que corre peligro la vida de la madre.”¹⁵⁵ El mismo año, el Comité de Derechos Humanos volvió a manifestarse al respecto señalando su “preocupación por la legislación indebidamente restrictiva del aborto, especialmente en casos en que la vida de la madre esté en peligro. Lamenta que su gobierno no tenga planeado legislar en la materia. (Artículo 6 del Pacto)”¹⁵⁶

Esta problemática fue expuesta nuevamente en las observaciones que hizo el mismo Comité CEDAW para el año 2012:

“El Comité elogia al Estado Parte por la puesta en marcha del Plan Nacional de Educación en Sexualidad y Afectividad, que incluye una amplia formación sobre salud sexual y reproductiva, la Estrategia "Control Joven Sano" y el establecimiento de espacios para adolescentes en 59 municipalidades. No obstante, el Comité lamenta profundamente que todas las recientes iniciativas parlamentarias encaminadas a despenalizar el aborto hayan fracasado en el Estado parte, incluso en los supuestos de riesgo para la salud o la vida de la madre, grave malformación del feto o violación. Aunque celebra la declaración de la delegación en el sentido de que el derecho a la vida de la madre prevalece cuando se encuentra en peligro su salud o su vida, el Comité reitera la preocupación manifestada en sus anteriores observaciones finales (CEDAW/C/CHI/CO/4, párr. 19), en el sentido de que el aborto sigue siendo un delito en toda circunstancia. (...). Además, aunque toma nota con satisfacción de la promulgación en 2010 de legislación sobre los derechos sexuales y reproductivos (Ley N° 20.418), habida cuenta del elevado número de embarazos prematuros y los consiguientes abortos practicados en condiciones de riesgo, preocupan al

¹⁵⁴ (Comité CEDAW, 2006, párr. 19 y 20)

¹⁵⁵ Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al Artículo 22 de la Convención, Observaciones finales Chile, 44° período de sesiones, 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 56.

¹⁵⁶ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos Chile, periodo de sesiones, 17 de abril de 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 8.

Comité las graves lagunas que se registran en relación con la aplicación de la Ley N° 20.418 y las dificultades experimentadas por las mujeres para acceder a métodos anticonceptivos y servicios de planificación de la familia y disponer de esos métodos y servicios.

El Comité insta al Estado parte a que: (...) d) Revise la legislación vigente sobre el aborto con miras a despenalizarlo en los casos de violación, incesto o riesgo para la salud o la vida de la madre; e) Realice un estudio exhaustivo, con datos estadísticos, de los abortos ilegales y practicados en condiciones de riesgo y de sus consecuencias para la salud y la vida de las mujeres, particularmente cuando se produzcan casos de mortalidad derivada de la maternidad, y considere la posibilidad de utilizar ese estudio como base para adoptar medidas legislativas y en materia de políticas.”¹⁵⁷

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su observación del año 2015, expuso lo siguiente:

“Aun cuando el Comité toma nota de la discusión del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo, le preocupa la vigencia de una estricta prohibición del aborto. Asimismo, le preocupan las altas tasas de embarazo en la adolescencia, debido en parte a la falta de servicios de salud sexual y reproductiva e información adecuados (art. 12).

El Comité recomienda al Estado parte que:

a) Agilice la adopción del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo y garantice su compatibilidad con derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer, considerando la ampliación de las circunstancias permitidas;”¹⁵⁸.

Ley N° 21.030 que despenaliza el aborto en tres causales

Acorde a las discusiones que se han analizado, el debate social y las exigencias de la comunidad internacional que se expusieron al respecto, para enero del 2015 la Presidenta de la República Michelle Bachelet presentó el Mensaje N° 1230-632, que pasaría a convertirse la ley N° 21.030 que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en 3 causales.

El mensaje de la Presidenta comenzó con la exposición de 4 Antecedentes importantes:

1.- La dignidad de las mujeres como atributo inviolable y el deber de respeto y protección, en el que señala: “El proyecto que someto a vuestra consideración se hace

¹⁵⁷ (Comité CEDAW, 2012, párr. 34 y 35)

¹⁵⁸ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015, párr. 29)

cargo de ciertas experiencias de vida críticas. Esas situaciones se presentan cuando debe interrumpirse un embarazo para evitar un peligro para la vida de la mujer cuando el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, o cuando el embarazo es producto de una violación.

Partimos de la base de la vida de toda persona, considerada en su máxima y más amplia dimensión, comprende no sólo su condición biológica, sino también los aspectos sociales y culturales que la constituyen. Por esta razón, nuestra Constitución Política se ocupa de consagrar el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer.

(...)

La normativa vigente sobre interrupción del embarazo, que la prohíbe sin excepciones, no responde al trato digno que el Estado de Chile debe otorgar a sus ciudadanas en estas situaciones y sitúa a nuestro país como uno de los cuatro en el mundo que lo criminaliza en todas sus modalidades, además de El Vaticano: Chile, Nicaragua, El Salvador y Malta.

Los hechos han demostrado que la prohibición absoluta y la criminalización de toda forma de interrupción del embarazo no han impedido ni impiden su práctica en condiciones de riesgo para la vida y salud de las mujeres, y, por el contrario, se traducen en una vulneración de sus derechos. Esto representa un problema social del cual debe hacerse cargo cabalmente el Estado.

En efecto, un Estado que respeta los derechos humanos no puede sentirse orgulloso ni satisfecho de amenazar con pena privativa de libertad a aquellas mujeres que se encuentran en esta disyuntiva¹⁵⁹

2.- La existencia de una realidad que no se puede seguir ignorando, punto en el que señala las alarmantes cifras de egresos hospitalarios de la época: “Al analizar la información de los egresos hospitalarios desde 2001 a 2012, inclusive, hemos podido establecer que hubo 395.905 casos de abortos, es decir interrupciones del embarazo antes de las 22 semanas de gestación, con un promedio de 32.992 casos/año, donde las mujeres y su entorno se encontraban en situaciones críticas.

Los registros de egresos hospitalarios por causas reproductivas nos permiten estimar el número de casos de interrupciones de los embarazos, espontáneas y provocadas, en nuestro país (ya sean por una condición médica o por una alteración estructural, así como aquellas interrupciones que se desarrollan en forma voluntaria y que se complicaron y requirieron atención médica). Por tanto, los registros no dan cuenta de todos los casos de interrupciones de embarazos en Chile, sino sólo de los antes indicados, pues al estar

¹⁵⁹ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 3)

penalizado en toda circunstancia, no se informa acerca de su realización. Como consecuencia, no contamos con encuestas sobre salud sexual y reproductiva en la que las mujeres pudieran informar acerca de estos procedimientos.”¹⁶⁰

3.- Chile tiene una historia de políticas públicas en salud de las mujeres, donde se explaya sobre los antecedentes históricos de la norma, y la preexistencia del aborto terapéutico en nuestro país, con su posterior derogación;¹⁶¹ y

4.- Iniciativas parlamentarias para regular la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, donde se hace cargo de los proyectos de ley previos que habían intentado alivianar la criminalización del aborto, particularmente el terapéutico.¹⁶²

Luego de los antecedentes señalados, el proyecto estipuló los fundamentos del contenido del proyecto:

1.- Los compromisos del Estado de Chile con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde expone parte de las recomendaciones que los distintos organismos internacionales le habían hecho a Chile hasta ese momento;

2.- La existencia de un contexto normativo global: “Las modificaciones que han solicitado los organismos de Naciones Unidas encargados del monitoreo del cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos no son tan ajenas a la forma en que en el contexto mundial se ha legislado sobre la interrupción del embarazo.

En general, pueden distinguirse dos tipos de regulaciones. Un primer modelo es aquel que establece un sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo sin exigir a la mujer justificar sus motivos. El segundo corresponde a aquellos que establecen un sistema de indicaciones o causales. (...)

Igualmente, existen sistemas que combinan ambos modelos. A modo de ejemplo, las regulaciones alemana, española y uruguaya contemplan normativas con un sistema mixto. Particularmente en Alemania, se permite interrumpir el embarazo hasta las 12 semanas de gestación sin que se deban expresar motivos, pero contando con un sistema de consejería. Igualmente, se contemplan causales específicas en las que se justifica interrumpir el embarazo fuera del plazo establecido por ley.”¹⁶³

3.- El deber del Estado de proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, reconociendo su autonomía: “La presentación del proyecto de ley tiene como fundamento el respeto por la vida. Es esencial que el Estado promueva las condiciones para una vida digna, por lo que resulta indispensable la protección de la vida de la mujer, así como la del que está por nacer. Por lo mismo, este proyecto tiene su fundamento principal en el reconocimiento de ciertos hechos, bien definidos, en que debemos reconocer que el Estado

¹⁶⁰ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 3 y 4)

¹⁶¹ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 6)

¹⁶² (Boletín 9895-11, 2015, pág. 9)

¹⁶³ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 15)

no puede castigar a una mujer por no perseverar en un embarazo que no desea y que la sitúa en una posición extrema.

El Estado y el presente proyecto de ley no obligarán a ninguna mujer a interrumpir su embarazo, sino que ofrecen opciones en caso de tres situaciones, para que ellas puedan tomar una decisión de acuerdo a sus convicciones personales.”¹⁶⁴

La siguiente sección del proyecto, se refirió a los objetivos del proyecto de ley:

1.- Una necesaria ponderación, donde señala que el proyecto busca ponderar bienes que son “inconmensurables”: “Se trata de situaciones extremas en que la afectación de la dignidad y de los derechos de la mujer es tal que no puede sino garantizarse un espacio de discernimiento para ella.”¹⁶⁵ Seguidamente, hace un estudio de las 3 causales de justificación que contempla el proyecto. Respecto a la primera causal (peligro de la vida de la mujer embarazada), señala: “La penalización sin ningún tipo de excepción genera incertidumbre en los equipos médicos, al no existir claridad de que las acciones que se llevan a cabo para la protección de la vida de la mujer no sean sancionadas penalmente. A su vez, la actual regulación no asegura que sea la mujer quien tome la decisión en conciencia.”¹⁶⁶; Respecto a la segunda causal (embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina), señaló: “Forzar a la mujer a llevar a término tal embarazo, o bien obligarla a que espere la muerte del feto, supone mantenerla en un permanente estado de duelo. El Estado debe asegurar condiciones adecuadas para que sea la mujer la que tome una decisión, lo haga acompañada por sus redes relevantes, si así lo desea, y ofrecer los cuidados paliativos que sean del caso.”¹⁶⁷; Respecto a la tercera causal (embarazo producto de una violación), estipula: “La tercera causal comprende los embarazos que se originan por una violación. Es decir, la mujer se encuentra embarazada por un acto realizado contra o sin su voluntad mediante violencia o coerción. En estas circunstancias no es posible exigir a la mujer la continuación del embarazo si es que ella no quiere mantenerlo debido a su origen. No reconocer la posibilidad de que ella decida si desea o no continuar con el embarazo, constituye una nueva negación de su voluntad e imponerle una obligación estatal por un acto en esencia abrogatorio de su dignidad. El trauma de la violencia sexual no puede ser agravado por el Estado, obligando siempre y en toda circunstancia a mantener el embarazo contra la voluntad de la mujer.”¹⁶⁸

2.- Protección de las niñas y adolescentes, donde explica que se han hecho estipulaciones especiales para los casos en que las mujeres embarazadas sean niñas o

¹⁶⁴ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 16)

¹⁶⁵ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 17)

¹⁶⁶ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 17)

¹⁶⁷ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 18)

¹⁶⁸ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 18)

adolescentes, en coherencia con la protección del interés superior del niño y el reconocimiento de la autonomía progresiva de ellas.¹⁶⁹;

3.- Destacar el rol de los prestadores y profesionales de la salud, donde especifica 4 ámbitos específicos: (I) en la información sanitaria para una decisión consciente (deber de información necesaria, completa y veraz); (II) en la constatación de las causales, donde explica los distintos procedimientos para constatar las distintas causales, de manera rápida, pero efectiva; (III) en la objeción de conciencia, donde estipula lo siguiente: “como se ha dicho, este proyecto encara situaciones difíciles, donde las convicciones profundas de cada persona están en juego. Es por ello que se le reconoce a él o la médico(a) cirujano(a) la posibilidad de expresar, por escrito y previamente, su objeción de conciencia. Además, se hace explícito el deber ético del médico afectado por la objeción de conciencia de informar cuando una paciente se encuentra en alguna de las causales. Desde luego, se trata de un derecho propio del médico que interviene, en tanto persona natural. (...) Con todo, la objeción de conciencia no puede ser un obstáculo en aquellos casos excepcionales en que la mujer requiere una interrupción del embarazo de modo inmediato e impostergable y, además, no existe otro médico que pueda realizar la intervención”¹⁷⁰; y (IV) en la confidencialidad, donde señala: “el proyecto busca prevenir que la mujer se inhiba de entregar información fidedigna acerca de su condición de salud al personal médico o de solicitar asistencia médica por temor a una posible sanción penal. Con este objetivo en mente, se busca privilegiar el deber de confidencialidad por sobre el deber de denuncia ante una interrupción del embarazo realizada por la mujer o por un tercero con su consentimiento.”¹⁷¹

Finalmente, el contenido del proyecto, se hizo integralmente, estableciendo cambios en el Código Sanitario, el Código Penal y el Código Procesal Penal, siendo los cambios más significativos los del Código Sanitario, que fue el instrumento en donde se especificaron, entre otras cosas, las causales que legitiman las interrupciones del embarazo. El Mensaje de la Presidenta expone los contenidos del proyecto en torno a los siguientes ejes:

1.- Causales para despenalizar la interrupción del embarazo, sección donde especifica el carácter y delimitación de las causales. Respecto a la primera causal, señala: “La primera causal consiste en aquél caso en que la mujer se encuentra en riesgo vital presente o futuro(...)”¹⁷², que es la se corresponde con lo que entendemos por “aborto terapéutico”; respecto a la segunda causal, estipula: “La segunda causal corresponde a los casos en que el embrión o feto padezca alteraciones estructurales congénitas o genéticas

¹⁶⁹ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 18)

¹⁷⁰ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 21)

¹⁷¹ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 21)

¹⁷² (Boletín 9895-11, 2015, pág. 22)

incompatibles con la vida extrauterina (...)"¹⁷³, que es la se colige con la causal que permite el aborto eugenésico o por inviabilidad fetal; respecto a la tercera causal, que es la justifica el aborto por razones éticas, señala: "La tercera causal se aplica cuando el embarazo es resultado de una violación, con un límite de tiempo de 12 semanas de gestación y de 18 semanas cuando se trata de menores de 14 años. En este caso se ha cuidado establecer un procedimiento de constatación respetuoso de la dignidad de las mujeres y que asegura una intervención médica eficaz(...)"¹⁷⁴;

2.- Manifestación de voluntad de la mujer, elemento clave del proyecto y de la problemática: Es menester señalar que todas las regulaciones que buscan despenalizar el aborto, siempre se radica en el aborto voluntario, consentido por la mujer. Ningún proyecto, por muy liberal que pueda ser, va a forzar nunca a la mujer a abortar si lo que ella quiere es continuar con el embarazo. Entender esto es clave al ver la despenalización del aborto en torno a las causales, ya que lo que se discute es siempre en esta esfera: Cuando el Estado no permite que la mujer, que *quiere abortar*, interrumpa su embarazo, se le está forzando a mantenerlo. Es clave entender que la permisión de los abortos, incluso el terapéutico, no le está dando facultades de decisión sobre la continuación del embarazo a nadie más que a la mujer. Al respecto, el mensaje señala: "En primer lugar, el proyecto establece que la mujer es quien debe decidir si continúa o no con el embarazo. La manifestación de voluntad debe ser expresa, previa y constar por escrito. Cuando ello no es posible, el proyecto se remite a la legislación vigente.";

3.- Procedimiento, donde señala: "El proyecto de ley indica que, para realizar la intervención en los casos regulados en las primeras dos causales, se requiere el diagnóstico de un(a) médico(a) cirujano(a) y la ratificación de dicho diagnóstico por otro profesional de iguales características. Podrá prescindirse de la ratificación en caso que se requiera realizar una atención médica impostergable.

Cuando se invoque la tercera causal, un equipo de salud deberá evaluar e informar de la concurrencia de los hechos que la constituyen asegurando en todo momento un trato digno y respetuoso hacia la mujer."¹⁷⁵

4.- Objeción de conciencia, que se presenta como un elemento complicado y decisivo, ya que da cabida para el juicio moral en torno a estos procedimientos médicos. El Mensaje señala: "El proyecto de ley establece que el(la) médico(a) podrá abstenerse de interrumpir un embarazo cuando haya manifestado, en forma escrita y previa, su objeción de conciencia, pero no podrá excusarse de realizar la interrupción cuando la mujer requiera atención inmediata e impostergable y no exista otra persona que pueda realizarla.

¹⁷³ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 22)

¹⁷⁴ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 22)

¹⁷⁵ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 22 y 23)

Igualmente, se establece la obligación del (de la) prestador(a) de salud de reasignar a otro médico(a) cirujano(a) que no haya objetado en conciencia, a la mujer que requiera la intervención, así como el deber del médico(a) cirujano(a) que haya objetado en conciencia de informar acerca de la necesidad de reasignación.”¹⁷⁶;

5.- Información objetiva, donde señala: “Se regula una oportunidad de entrega de información que tenga por finalidad proporcionar a la mujer aquella que sea necesaria sobre la prestación médica y sus riesgos inherentes. Esta instancia debe ser respetuosa de la decisión de la mujer y no tendrá por finalidad influir en su voluntad.

A su vez, en las causales segunda y tercera, se le entregará a la mujer información por escrito sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo programas de apoyo social y económico disponibles.”¹⁷⁷;

6.- Modificación de regulación penal, donde el Mensaje señala que se hacen los cambios al Código Penal en virtud de la concordancia necesaria para que los casos justificados por las causales no constituyan delito;

7.- Modificación del Código Procesal Penal, donde señala: “Se agregan dos disposiciones que hacen primar el deber de confidencialidad por sobre el deber de denuncia en caso de estar frente a una interrupción del embarazo realizada por la mujer o por un tercero con su consentimiento. Con ello, se permite que la relación médico-paciente no esté condicionada por la amenaza penal.”¹⁷⁸

El proyecto, que fue presentado en enero del 2015, no pudo ser publicado en el Diario Oficial hasta el 23 de septiembre de 2017, luego de una larga y ardua discusión tanto a nivel parlamentario como en el Tribunal Constitucional.

Como era de esperarse, y como se experimentó con los proyectos de ley anteriores que buscaban despenalizar alguna forma de aborto en nuestra regulación, la primera temática de la discusión versó sobre la legitimidad del procedimiento médico como un todo, donde se preponderó la diferencia sustancial entre la protección de vida en su primer nivel y la diferencia que existe con el segundo.

Ante esto las posturas de los distintos sectores políticos fueron claras: permitir el aborto en cualquier de sus formas atenta contra la protección de la vida del *nasciturus*, versus, prohibir el aborto en las circunstancias específicas que expone el proyecto se conforma como una violación a los derechos humanos de las mujeres que se encuentran penalmente forzadas a continuar con un embarazo no deseado, que podría ser riesgoso para su vida o salud, ser inviable o producto de una violación.¹⁷⁹

¹⁷⁶ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 24)

¹⁷⁷ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 24)

¹⁷⁸ (Boletín 9895-11, 2015, pág. 24)

¹⁷⁹ Para más información sobre la discusión parlamentaria, ver (Historia de la Ley 21.030, 2018)

Las discusiones en ambas cámaras, junto con los informes de las distintas comisiones, produjeron algunos cambios en el proyecto, resultando nuestra actual ley N° 21.030, que legitima la interrupción del embarazo en nuestro país, mientras sea de forma voluntaria por la mujer, y sólo en las tres causales que hemos señalado.

¿Cómo se tradujo este debate en la esfera técnica-legal?

En este caso en particular, apoyar un lado u otro de la discusión, tiene directa relación con la protección de los derechos de las mujeres, versus los derechos del *nasciturus*.

Al respecto, Harboe y Castillo, señalan lo siguiente: “En ese contexto, y como presupuesto básico, compartimos siempre que la protección de la vida del embrión podía ser un objetivo legítimo, incluso si uno no lo consideraba aún persona, pero esa protección, primero, no suponía reconocer un derecho subjetivo a la vida del *nasciturus*, sino que perfectamente se satisfacía reconociendo en él un bien objetivo con estatus constitucional –no nos olvidemos que la Constitución sólo se refiere a que el legislador protegerá la vida del que está por nacer– y, segundo, que esa protección no necesariamente debía ser absoluta. Lo anterior, para nosotros, se explica porque cuando el constituyente indica que la ley protege la vida del que está por nacer, está permitiendo que mediante ella se impongan limitaciones a este derecho, del que no es titular el que está por nacer, sino las personas, cuya existencia legal comienza justamente con el nacimiento.

(...)

En fin, lo importante era reforzar la idea de que el hecho que la constitución obligue al legislador a proteger la vida del que está por nacer no implica que aquello deba realizarse de cualquier forma, sino que en su observancia el legislador debía respetar y garantizar los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas. La criminalización absoluta del aborto consentido –a nuestro juicio– limitaba los derechos de las mujeres a la vida, la integridad personal, a no ser sometidas a torturas u otros tratos crueles, inhumanos, o degradantes, a la igualdad, a la privacidad, a la salud, a la libertad de conciencia y a su autonomía, incluida su esfera sexual y reproductiva. Así, una afectación desproporcionada de estos derechos excedía las facultades anteriormente referidas, que tienen los legisladores para establecer limitaciones, siendo por tanto inconstitucional.¹⁸⁰

Reforzando esta idea, señalan: “Asimismo, la prohibición absoluta de interrupción del embarazo consentido, que incluye las tres causales que se proponen en el proyecto, amparada en la amenaza de la imposición de una sanción penal por parte del Estado, y que algunos defienden como la única y mejor forma de protección de la vida del *nasciturus*, implica desconocer el respeto y garantía que también debemos a los derechos de las mujeres, entre ellos, su derecho a la vida, a su la salud, a su dignidad, a su autonomía, a su

¹⁸⁰ (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 88)

privacidad, entre otros, lo que constituye un caso claro de desproporcionalidad. En el ejercicio de analizar los distintos intereses en juego debemos recordar primero que al sopesar principios constitucionales en colisión estamos sujetos a un mandato de optimización, que implica la protección no solo de la vida prenatal, sino también del respeto y garantía de los derechos de las mujeres. Segundo, que si bien nos está permitido establecer a nivel legal restricciones a los derechos fundamentales, en este caso de la mujer embarazada, puesto que eso es lo que implica la penalización absoluta del aborto consentido, en esta tarea estamos sujetos a limitaciones constitucionales, cuales son: 1) que las limitaciones no deben afectar la esencia de los derechos (art. 19 N.º26), cláusula que no solo se aplica para “el no nacido”, si es que le reconocemos titularidad de derechos, sino también para todos los derechos de las mujeres que se ven afectados por la penalización total; 2) que las limitaciones deben guardar proporcionalidad con los demás derechos que afectan, lo que entiendo no ocurre en estas tres situaciones, al no cumplirse con los requisitos de idoneidad o adecuación (la sanción penal en estas tres situaciones en la práctica carece de eficacia, por lo que no concreta el fin perseguido de protección de la vida prenatal), necesidad o intervención mínima (existen otras medidas menos gravosas que permiten la protección de la vida prenatal, siendo por tanto la sanción penal prescindible, además de poco útil), y proporcionalidad en sentido estricto (existe una evidente desproporcionalidad entre el sacrificio de los derechos de las mujeres en tres causales y el interés de proteger la vida prenatal, o dicho de otra forma, la protección absoluta del embrión implica desconocer todos los derechos de las mujeres)¹⁸¹

Es menester señalar que, a pesar de toda la discusión legislativa que se llevó a cabo y las numerosas oportunidades que todas las partes tuvieron para exponer sobre sus opiniones, un grupo de parlamentarios todavía argumentaba la inconstitucionalidad de la ley, por lo que presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad ante nuestro Tribunal Constitucional (TC).

Uno de los puntos más interesantes para el enfoque de este trabajo, fue la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el estudio de la constitucionalidad de esta norma. En principio, la parte requirente señaló enfáticamente que el contenido de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no inmiscuían a Chile no le eran aplicables, y, por otro lado, que el contenido y alcance de los tratados internacionales, a pesar de que estuvieran firmados y ratificados por Chile, no tenían mayor valor que la Constitución propia de cada Estado:

“Tanto las señoras y señores senadores actores, como en el libelo incoado por las señoras y señores diputados, se refieren a las alegaciones que se formulan en torno a la

¹⁸¹ (Harboe Bascuñán & Castillo Val, 2019, pág. 90, nota al pie)

sentencia *Artavia Murillo v/s Costa Rica*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exponen que dicha sentencia no tiene ni puede tener incidencia real en esta controversia constitucional. La obligación internacional que pesa sobre Chile es cumplir sólo con las decisiones de dicha judicatura en que nuestro país ha sido parte y desde la sentencia de esta M. en causa Rol N° 346, su jurisprudencia ha sostenido claramente que los Tratados Internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen un rango inferior a la Constitución Política. Incluso, se ha sostenido que no resulta plausible contrastar directamente los preceptos legales que se impugnen en un asunto con los Tratados Internacionales a efectos de sostener su eventual inconstitucionalidad.¹⁸²

Ante esto, la Presidenta de la República replicó, respecto a las obligaciones debidas por el Estado de Chile respecto a este tema:

“La Jefa de Estado expone a este respecto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe la despenalización del aborto en determinados casos; por el contrario, de los Tratados Internacionales que se encuentran vigentes en Chile, así como de la interpretación que han efectuado de su articulados los órganos internacionales competentes para ello, se desprende que sí se permite, cuestión acorde con el respeto a la dignidad de las mujeres.

En dicha consideración, argumenta que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan al *nasciturus* como titular de derechos. Si bien se discutió aquello en la elaboración de estos instrumentos, se desechó esa opción.

A mayor abundamiento, expone que el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha instado a diversos países, como Chile, a introducir excepciones a la prohibición absoluta del aborto. El enunciado Comité nunca ha hecho aplicable el derecho a la vida reconocido en el artículo 6° al embrión.

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño no establece en su artículo 1° que el *nasciturus* sea un niño. El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado de su supervisión, tampoco ha hecho aplicable el derecho a la vida al *nasciturus*.

En el ámbito del sistema interamericano, expone la señora Presidenta, desde el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se admiten excepciones al derecho a la protección de la vida desde la concepción, dada la expresión “y, en general”, contenida en la disposición, a efectos de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, como sucede hoy en la mayoría de los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁸² (Tribunal Constitucional, 2017, pág. 37)

Por último, en el caso *Artavia Murillo y Otros v/s Costa Rica*, de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el embrión no es persona titular del derecho a la vida en los términos del enunciado artículo 4.1, derecho que no es absoluto, prohibiéndose sólo la privación arbitraria de la vida. Hace presente que, así, se presentan coincidencias con nuestra Constitución, armonizando las obligaciones del Estado chileno con el sistema internacional.”¹⁸³

El Tribunal Constitucional, ante la problemática expuesta, se refirió al tratamiento de la figura del aborto en los tratados internacionales, en los antecedentes de su análisis:

“Que, en materia de Tratados Internacionales generales, suscritos y ratificados por Chile, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo tercero establece que “todo individuo tiene derecho a la vida”. Enseguida, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo cuarto dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo sexto que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.”¹⁸⁴

Además, en su apartado sobre el derecho comparado, se refirió a los criterios que tribunales de derecho comparado habían utilizado en sus sentencias para resolver acerca de la compatibilidad del aborto con sus respectivas Constituciones:

“En primer lugar, destaca Estados Unidos. La Corte Suprema de ese país ha utilizado tres argumentos para sostener la legitimidad del aborto. El primero es la privacidad de la mujer (*Roe vs Wade*, 1973); el segundo, es el de la viabilidad del feto (*Roe vs Wade*, 1973); y el tercero, es el de la carga inmerecida o indebida (*Planned Parenthood vs Casey*, 1992).

Otro estándar utilizado por los Tribunales, es la inexigibilidad. No se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable. (...). Los intereses personalísimos de la mujer embarazada pueden tener tanto peso o relevancia, que hagan inexigible la prohibición de causar aborto. (...).

El Tribunal alemán, en 1975, también estableció el estándar de la coacción extrema de la vía penal; esta debe ser *ultima ratio*.

(...)

Se ha establecido también como criterio, la protección incremental del embrión y feto. El interés del Estado predomina sobre el de la mujer, en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extrauterina independiente.

¹⁸³ (Tribunal Constitucional, 2017, pág. 38)

¹⁸⁴ (Tribunal Constitucional, 2017, pág. 57)

Mientras los primeros meses se considera una unidad, la madre y el feto; en las siguientes es considerado una dualidad. (...).

En el mismo sentido, se expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica*, del año 2012. La Corte sostuvo que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional.

Por otro lado, se ha utilizado el criterio de proporcionalidad. El Tribunal Alemán sostuvo, en 1975 que, en algunos casos extremos, puede estar prohibido imponer la carga a la mujer de mantener el embarazo. En el mismo sentido, el Tribunal de Portugal, sostuvo que no se le podía exigir a la mujer sacrificar intereses constitucionalmente protegidos. El Tribunal de Eslovaquia, el 2007 afirmó que, en algunas situaciones, continuar con el embarazo a todo evento no era una obligación que imponía la Constitución. El Tribunal colombiano, en el 2006, sostuvo que la penalización en toda circunstancia implica la completa preeminencia y el consiguiente sacrificio de los derechos de la mujer embarazada.¹⁸⁵

Siguiendo en esta línea, el Tribunal Constitucional expuso que su razonamiento sería guiado por 4 elementos: el pluralismo de la Constitución, con la autonomía de los derechos de la mujer, con el derecho penal concebido como *ultima ratio* y con los derechos de los pacientes.¹⁸⁶

Respecto a los derechos de las mujeres, el Tribunal Constitucional volvió a referirse a los parámetros internacionales:

“Que dichos tratados (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres) han reiterado que la mujer tiene ciertos derechos tradicionales, como su libertad, su privacidad, los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud. Pero han avanzado en el reconocimiento de otros nuevos que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales.

En este sentido, destaca la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre.

Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. Así, se le reconoce el derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente al cónyuge, para asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución. Asimismo, se le

¹⁸⁵ (Tribunal Constitucional, 2017, págs. 58 a 60)

¹⁸⁶ (Tribunal Constitucional, 2017, pág. 75)

reconoce el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos;

Que es en el marco de estos nuevos énfasis, definidos por el constituyente, el legislador y los tratados internacionales, que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas.”¹⁸⁷

Respecto a la preponderancia de los derechos de las mujeres que reconoció, se refirió al *nasciturus* en los siguientes términos:

“Que la Constitución se refiere al que está por nacer en el artículo 19 N° 1 inciso segundo. Ahí encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer.

(...)

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia.

En este sentido, el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente. En este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo. Ciertamente que el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar.

En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional;”¹⁸⁸

¹⁸⁷ (Tribunal Constitucional, 2017, págs. 78 y 79)

¹⁸⁸ (Tribunal Constitucional, 2017, págs. 79 y 80)

Al referirse finalmente al fondo del asunto, el Tribunal Constitucional vuelve a exponer sobre este conflicto, al referirse al deber de protección que la Constitución ordena a la ley, en su artículo 19 n° 1, inc. 2°:

“Que proteger es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender. Implica una interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento.

Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros.

Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio. (...)”¹⁸⁹

Continúa en esta línea, al referirse a la protección del derecho a la vida: “Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.”¹⁹⁰

Concluyendo con esta argumentación, el Tribunal estableció el carácter de “no persona” al *nasciturus* y cómo debe protegerse su vida:

“Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo.

El que está por nacer no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad;

Que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al

¹⁸⁹ (Tribunal Constitucional, 2017, págs. 85 y 86)

¹⁹⁰ (Tribunal Constitucional, 2017, pág. 86)

no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar.”¹⁹¹

Debido a todo lo señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional decidió finalmente que el proyecto de ley no era inconstitucional.

Compatibilidad de la actual regulación chilena con el Derecho Internacional

Teniendo en cuenta lo recomendado por los diversos órganos internacionales que se señalaron anteriormente, la ley 21.030 parecía cumplir con los estándares internacionales mínimos respecto a la protección de los derechos de las mujeres en el tema de aborto.

Es menester recordar que las recomendaciones se centraban en revisar la legislación respecto al aborto, respecto a su criminalización a todo evento, para que se cambiara, por lo menos, en el caso de las 3 causales señaladas en la ley, porque es en estas causales que la obligación legal de proseguir con el embarazo, se encuentra en clara violación de los derechos de las mujeres gestantes. Las recomendaciones hablaban de la criminalización del aborto de manera general, pero se instaba a, en primer lugar, despenalizarlo en las causales más extremas. Sin embargo, en vista de la poca aplicación práctica de la figura del aborto en causales, y lo poco que hace para mitigar la verdadera realización de abortos ilegales e inseguros, la comunidad internacional sigue refiriéndose a la descriminalización del aborto, en razón de que la penalización de la conducta no se ajusta a los criterios de proporcionalidad y eficacia que justifican la protección de un bien jurídico mediante el derecho penal como *ultima ratio*.

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se volvió a referir al aborto en sus Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. En primer lugar, se refirió a los aspectos positivos: “El Comité acoge con beneplácito los avances realizados desde el examen en 2012 de los informes periódicos quinto y sexto combinados del Estado parte con respecto a la adopción de reformas legislativas, en particular la aprobación de los textos siguientes: a) La Ley núm. 21.030, de 2017, que alivia la prohibición total del aborto regulando la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales específicas.”¹⁹²

Sin embargo, en virtud de lo señalado expuso:

¹⁹¹ (Tribunal Constitucional, 2017, pág. 103)

¹⁹² (Comité CEDAW, 2018, pág. 2)

“El Comité acoge con agrado la aprobación de la Ley núm. 21.030, de 2017, por la que se regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: en casos de violación, cuando la mujer embarazada se encuentre en riesgo vital y cuando el feto padezca una patología incompatible con la vida. (...). No obstante, el Comité expresa su preocupación por:

- a) La persistencia del riesgo potencial que suponen para las mujeres los abortos ilegales y en condiciones de riesgo, a pesar de las recientes medidas legislativas;
- b) La objeción de conciencia por parte de personas o instituciones, que podría dificultar, de forma no intencionada, el acceso de las mujeres al aborto sin riesgo, especialmente en las zonas rurales y remotas;
- c) La elevada tasa de embarazos de adolescentes y la prevalencia de abusos sexuales entre las adolescentes y las niñas a edades muy tempranas; (...)¹⁹³

Ante estas preocupaciones que el Comité constató para el período, señaló las siguientes recomendaciones:

“De conformidad con su recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud, el Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Amplíe el ámbito de aplicación de la Ley núm. 21.030 para despenalizar el aborto en todos los casos;
- b) Aplique requisitos estrictos de justificación para impedir el uso general de la objeción de conciencia por los médicos que se niegan a practicar abortos, en particular en los casos de embarazos de adolescentes, y vele por que esas medidas se apliquen también al personal médico de las clínicas privadas;
- c) Vele por que las mujeres, incluidas las niñas y las adolescentes menores de 18 años, tengan acceso al aborto en condiciones seguras y a servicios de atención posterior al aborto y por que los servicios sanitarios presten apoyo psicológico a las niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de violencia sexual;(...)¹⁹⁴

Estas recomendaciones hechas por el Comité de la CEDAW son una demostración de que, a pesar de que la regulación de la figura del aborto en Chile ha “evolucionado” al tenor de los estándares internacionales, la realidad práctica ha demostrado que no es suficiente, y que todavía falta camino por recorrer.

¹⁹³ (Comité CEDAW, 2018, págs. 12 y 13)

¹⁹⁴ (Comité CEDAW, 2018, pág. 13)

Proyección de la regulación en Chile:

Habiéndose expuesto lo señalado, cabe referirse a los avances legislativos que se han propuesto en Chile, desde la entrada en vigencia de la ley N° 21.030

De manera cronológica, los proyectos de ley relativos a la materia, propuestos después del año 2017 son los siguientes:

1. Boletín 11.653-11, de fecha 3 de abril de 2018, que Interpreta el Código Sanitario en materia de objeción de conciencia planteada por establecimientos de salud, ante el requerimiento de interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objetivo se centra en interpretar es aclarar el alcance de la normativa que permite la objeción de conciencia a personas jurídicas, en pos de asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo, actualmente en tramitación.
2. Boletín 11.668-11, de fecha 5 de abril de 2018, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, con el objeto de asegurar el financiamiento, por parte de las Isapres, de la atención médica que requieran sus afiliadas para someterse a un aborto, en el caso que indica, cuyo objetivo es restringir la objeción de conciencia a las Isapres, para efectos de la aplicación práctica de la realización del aborto despenalizado por alguna causal, actualmente en tramitación.
3. Boletín 11.741-11, de fecha 15 de abril de 2018, que modifica el Código Sanitario para establecer que la objeción de conciencia, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, solo puede ser invocada por personas naturales, actualmente en tramitación.
4. Boletín 11.761-11, de fecha 16 de mayo de 2018, que modifica el Código Sanitario para exigir que la regulación de la objeción de conciencia, respecto de la interrupción del embarazo en tres causales, se haga mediante reglamento, actualmente en tramitación.
5. Boletín 11.964-11, de fecha 1 de agosto de 2018, que regula la interrupción voluntaria del embarazo, proyecto de ley que se propuso en directa relación con lo recomendado por el Comité CEDAW para liberar el aborto libre, dentro de las primeras 14 semanas de gestación, actualmente archivado.
6. Boletín 12.038-34, de fecha 21 de agosto de 2018 que Modifica el Código Penal, para despenalizar el aborto consentido por la mujer dentro de las primeras catorce semanas de gestación, actualmente archivado.
7. Boletín 12.148-11, de fecha 2 de octubre de 2018, que establece derechos en el ámbito de la gestación, parto, postparto, aborto, salud ginecológica y sexual, y sanciona la violencia gineco-obstétrica, actualmente en tramitación.

8. Boletín 14.074-34, de fecha 8 de marzo de 2021, que Modifica el Código Sanitario para hacer aplicables las normas sobre despenalización del aborto a toda persona con capacidad de gestar, actualmente en tramitación.
9. Boletín 14.873-11, de fecha 24 de marzo de 2022, que Modifica el artículo 119 del Código Sanitario para eliminar la primera causal de interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objetivo radica en eliminar la causal de “aborto terapéutico” alegando que la *lex praxis* ya comprende estas situaciones, actualmente en tramitación.
10. Boletín 15.227-11, de fecha 26 de julio de 2022, que Modifica el Código Sanitario para exigir exámenes de ecotomografía obstétrica como requisito previo a la interrupción voluntaria del embarazo, que busca obstaculizar la práctica del aborto por causales agregando un requisito en los casos en que la ley despenaliza la conducta, actualmente en tramitación.
11. Boletín 15.372-11, de fecha 27 de septiembre de 2022, que modifica cuerpos legales que indica para proscribir el aborto y aumentar la sanción penal aplicable, proyecto que fue retirado por sus autores.
12. Boletín 15.406-11, de fecha 5 de octubre de 2022, que deroga normas del Código Sanitario que autorizan la interrupción del embarazo en tres causales, actualmente en tramitación.¹⁹⁵

Como se expone, es posible ver que la proyección de la regulación del aborto en Chile sigue el mismo patrón que su evolución histórica: La normativa no ha evolucionado linealmente hacia la garantía y protección de los derechos de las mujeres por sobre los derechos del *nasciturus*, sino que se expone un vaivén de políticas, donde encontramos proyectos que buscan eliminar los obstáculos que hoy existen en el sistema para llevar a cabo los abortos que la ley despenaliza, otros proyectos que buscan despenalizar el aborto voluntario dentro de las primeras 14 semanas de gestación y, proyectos diametralmente opuestos, que buscan derogar el aborto por causales, actualmente vigente, e incluso criminalizarlo aún más, preponderando los derechos del *nasciturus* por sobre los de la mujer.

La cronología de estos proyectos también demuestra una tendencia notable: Los primeros proyectos (del año 2018), buscaban sacar los obstáculos a la práctica de los abortos justificados por la ley, que la objeción de conciencia, particularmente de las personas jurídicas, conllevan. Sin embargo, para los años 2021 y 2022, los proyectos de ley presentados vienen de la corriente contraria. Esto se puede explicar como la respuesta legislativa al proyecto constituyente que tuvo lugar en los años 2021 y 2022, que se

¹⁹⁵ (BCN, 2022)

inclinaba a la protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Respecto al tema, la Convención Constitucional del 2022 contó con la Iniciativa Popular de Norma N° 5.938, propuesta por la Asamblea Permanente por la Legalización del Aborto, que se publicó con fecha 24 de diciembre del 2021. Esta propuesta buscó el respaldo legal en los tratados internacionales que ya garantizaban los derechos sexuales y reproductivos:

Al respecto, al referirse al “problema a solucionar”, la propuesta señaló lo siguiente: “En síntesis, buscamos la solución a la falta de cumplimiento de los estándares internacionales, plasmados en diversos Tratados firmados por el país, materializándose así la precariedad del Estado chileno al respecto. Por ende se busca dar respuesta a la inexistencia de los Derechos Sexuales y Reproductivos de las personas y a los parámetros morales aplicados tras esta falta de garantías, sobre todo en torno al aborto; los estándares internacionales catalogan el aborto como un derecho humano, el cual creemos debe ser respetado por el Estado chileno y sus actores políticos.”¹⁹⁶

Al exponer sobre los “argumentos para respaldar la propuesta”, se vuelven a referir a los tratados internacionales:

“Principios fundamentales y DDSSRR (Derechos Sexuales y Reproductivos), deben tener cohesión material. En el marco internacional, los acuerdos Convención Belém do Pará (1994), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) establecen mínimos que el Estado, a través de los servicios de salud sexual y reproductiva, debería garantizar. Tales como atención de salud materna; información y servicios de anticoncepción; atención para el aborto sin riesgo; prevención, diagnóstico y tratamiento de la infertilidad, cánceres del aparato reproductor, infecciones de transmisión sexual, en particular con medicamentos genéricos. Los principios constitucionales propuestos, enmarcan lo establecido en los acuerdos internacionales, creando un ambiente seguro para la implementación de los DDSSRR. En materia de salud pública, el aborto clandestino es un problema y la evidencia consigna que las legislaciones restrictivas no lo impiden, sino al contrario, la garantía de derechos se traduce en la disminución del embarazo no deseado. Señala OLA, Observadoras de la Ley de Aborto, que el aborto en condiciones adecuadas tiene menos complicaciones que el parto, la mortalidad por aborto seguro es baja: 0.2 a 2.0 muertes por cada 100,000 abortos, mientras que la del parto es 9 veces mayor: 9 muertes por cada 100,000 nacidos vivos. Sobre la aplicación de la Ley 21.030, al no ser protegida su ejecución por el Estado, señala que, entre marzo del 2020 y junio del 2021, se

¹⁹⁶ (Asamblea Permanente por la Legalización de Aborto, 2021, pág. 2)

acompañaron sólo 83 mujeres en la tercera causal y en 5 ocasiones se negó arbitrariamente la aplicación de la ley, no garantizando el derecho. Además, señala que la mayoría de las personas que abortan son mujeres que han gestado previamente, usando métodos anticonceptivos y con pareja estable (Gaceta, 2021. OLA). El aborto no es cuestión moral o valórica, sino un tema de salud, dignidad y calidad de vida, es un derecho humano que debe respetarse y promoverse.”¹⁹⁷

Al respecto, se estipulaban las siguientes propuestas para el articulado de la Nueva Constitución:

“Cláusula general de derechos sexuales y reproductivos:

El Estado reconoce y garantiza a todas las personas sus derechos sexuales y reproductivos, en condiciones de igualdad y sin discriminación, **incluyendo el derecho al aborto** sin interferencia de terceros, instituciones o agentes del Estado. En particular, se reconoce y promueve el derecho de las personas a tomar decisiones libres y autónomas sobre sus cuerpos, su sexualidad y su reproducción, de manera libre, sin violencia ni coerción, debiendo el Estado garantizar el acceso a la información y los medios materiales para ello. (...)”¹⁹⁸

“Cláusula que deberá vincularse con el derecho a la salud:

El Estado reconocerá a todas las personas el derecho universal a la salud sexual y reproductiva, a la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras, sin coerción, discriminación ni violencia, a los servicios de atención de salud integrales; al derecho a la información y acceso a métodos anticonceptivos, libremente elegidos, eficaces, y de calidad; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; **al acceso a la atención integral de la interrupción voluntaria del embarazo**; a la prevención, el diagnóstico, atención y tratamiento de infecciones de transmisión sexual; asegurando que estos procesos sean realizados conforme a las cosmovisiones de las personas, sin discriminación y violencia.”¹⁹⁹

Es menester señalar que, a pesar de que la propuesta indica la postura de la comunidad internacional al hablar de los argumentos que ocuparon para su redacción, el carácter de la conducta del aborto no es el mismo que ocupan los tratados ni los órganos interpretadores al respecto. En la propuesta, se habla de un “derecho al aborto”, que debe ser considerado un derecho humano “que debe respetarse y promoverse”. Como se ha expuesto en este trabajo, la comunidad internacional no se refiere al aborto como “un derecho”, ya que, al referirse a las regulaciones del aborto, se habla de que la protección del no nacido es por sí mismo, un bien legítimo, por lo que no se colige un completo

¹⁹⁷ (Asamblea Permanente por la Legalización de Aborto, 2021, pág. 4)

¹⁹⁸ (Asamblea Permanente por la Legalización de Aborto, 2021, pag. 7)

¹⁹⁹ (Asamblea Permanente por la Legalización de Aborto, 2021, pág. 8)

desconocimiento de la protección a la vida del *nasciturus*, que es lo que conllevaría considerar al aborto como un derecho.

Esta propuesta se tradujo en la Nueva Constitución en diversas cláusulas, pero la propuesta fue aceptada casi textualmente en el artículo 61 del borrador oficial de la Nueva Constitución:

“(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. (...)”²⁰⁰

Esta redacción fue problemática, no sólo por estipular que la interrupción voluntaria del embarazo se señala como “un derecho”, sino porque además el proyecto de la Constitución no se refiere de ninguna manera al no nacido ni la protección de sus derechos. Al referirse al derecho a la vida, en su artículo 21, estipulaba: “Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad personal. Esta comprende la integridad física, psicosocial, sexual y afectiva.”²⁰¹. En este articulado se habla de la persona, y se quita el inciso 2° del número 1° del artículo 19 de la actual Constitución, que se refiere específicamente al no nacido. El carácter de “persona”, también parece establecerse desde el nacimiento, con la redacción del artículo 4, que estipuló: “Las personas nacen y permanecen libres, interdependientes e iguales en dignidad y derechos.”²⁰², estipulando de manera inequívoca que la protección del derecho a la vida comienza con el nacimiento.

A mayor abundamiento, esta interpretación tan marcadamente feminista fue parte de las razones de porqué la propuesta de la Nueva Constitución fue rechazada en las urnas para el 4 de septiembre de 2022. Las tendencias políticas subsiguientes nos dejan hoy en día con un nuevo borrador constitucional en donde no se menciona en absoluto el “derecho al aborto”, o los derechos sexuales y reproductivos como pilar estructural.²⁰³

²⁰⁰ (Convención Constituyente, 2022, art. 61)

²⁰¹ (Convención Constituyente, 2022, art. 21)

²⁰² (Convención Constituyente, 2022, art. 4)

²⁰³ Para mayor información, ver (Leiva, 2021)

Conclusión

Al tenor de lo todo lo expuesto precedentemente, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, respecto al lugar que ocupa la figura del aborto provocado dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo primero a destacar es su carácter de **problema a resolver** dentro de las preocupaciones de la comunidad internacional. Como se estipuló claramente en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, el aborto se presenta como una conducta real, a la que las mujeres siempre han acudido, y seguirán haciéndolo, frente a la existencia de un embarazo no deseado. Habiendo aceptado esa realidad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tomado en cuenta que la criminalización de la conducta no ha hecho nada por desincentivar la perpetración de la conducta, sino que sólo ha dejado desprotegidas a las mujeres que, en efecto llevan un aborto a cabo, por lo que se postuló la necesidad de regular las causas de la existencia de embarazos no deseados (educación, mecanismos de anticoncepción, etc), antes de la criminalización de la conducta.

Sumado a esto, los movimientos feministas, las diferentes legislaciones estatales y los casos en derecho comparado, hicieron visible las vulneraciones a los derechos humanos de las mujeres gestantes que se vieron víctimas de decisiones imposibles respecto a la obligación de mantener un embarazo no deseado. Estas situaciones críticas se tradujeron en las causales de despenalización actualmente vigentes en nuestro país: aborto terapéutico, eugenésico y ético, como el marco mínimo para que la legislación de un Estado que busca proteger al no nacido, no lo hiciera a costa de la vulneración de derechos fundamentales de las mujeres que no desean el embarazo en estas circunstancias.

Entonces, a pesar de que la protección del *nasciturus* se sigue considerando un fin legítimo, se concluyó que la criminalización del aborto en todas sus formas, además de no servir para el propósito fundamental, en ciertas causales se transformaba en un verdadero atentado para la vida, integridad física y psíquica de las mujeres gestantes, junto con vulneración a sus derechos de igualdad, libertad y autonomía.

Desde esa postura inicial, los criterios del Sistema Universal de Derechos Humanos han evolucionado integralmente, llegando a la postura actual, donde se busca descriminalizar el aborto, incluso más allá de las causales justificantes. Este nuevo avance ya no proviene de la vulneración a los derechos más dramáticos de las mujeres, que son claramente vulnerados en los casos que justifican las causales, sino al establecimiento de Derechos Sexuales y Reproductivos, que se traducen en la concientización de que la mujer, como sujeto de derechos, debe tener la libertad de elegir disfrutar de su sexualidad como mejor le parezca, y que su rol en la sociedad no es un ente gestante, cuyo objetivo es

procrear seres humanos; que es derecho y deber de toda *persona* ser parte de la reproducción y crianza de los hijos, por lo que también se tiene que poder decidir sobre el número y espaciamiento de ellos.

Pero, ¿qué pasa con los derechos del *nasciturus*?

Es menester aclarar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia ha tenido una evolución que parte de la comprensión de que el aborto es una respuesta a deficiencias institucionales sistemáticas, que su criminalización absoluta se traduce en casos extremos a vulneraciones de derechos aberrantes y que su penalización no cumple con el objetivo del derecho penal, que es proteger el bien jurídico con el que se relaciona.

Siendo esto así, se puede concluir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no desconoce la existencia de los derechos del *nasciturus*: La protección de la vida humana, particularmente en su segundo nivel, siempre ha sido considerado como un fin legítimo. Pero, en razón de los criterios señalados, su protección no puede ser absoluta, no puede ir en contra de los derechos de otro sujeto, porque ese es el límite de todos los derechos fundamentales y no se le puede exigir a las mujeres gestantes la vulneración de sus derechos en pos de la protección de los de otro, más que lo que se le puede exigir a cualquier otro sujeto de derecho con otro.

La clave para entender la protección que se le da al *nasciturus* en el Derecho Internacional fue dada por la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica*: la protección del *nasciturus* debe ser “gradual e incremental -no absoluta-”, porque es vida humana, pero no se puede considerar persona aún.

Entonces, el Derecho Internacional no está por sí en contra de la penalización del aborto, sino que está en contra de la preponderancia de los derechos del *nasciturus* por sobre los derechos de la mujer, cuando el primero todavía no es considerado *otro*, como sujeto de derecho por sí mismo. Este punto es clave para poder intentar responder la siguiente pregunta: ¿Cuándo se debe comenzar a considerar?

Las posturas más extremas, como se señaló al comienzo de este trabajo, señalan que esta línea se encuentra en el nacimiento, y por eso el atentado contra la vida antes de nacer es considerado aborto, y después del nacimiento es homicidio. Sin embargo, en la práctica del derecho comparado esto no es así: Incluso las legislaciones más liberales respecto al aborto no permiten intervenciones legítimas a embarazos de más de 24 semanas.

Este plazo es la línea divisoria de la viabilidad fetal. Parece ser un acuerdo tácito que, si la vida humana tiene el potencial de ser independiente, sus derechos deben comenzar a ponderarse con los del sujeto de derecho del que aún depende.

Sin embargo, este criterio no se ve reflejado en los tratados, ni en las legislaciones. La comunidad internacional ha ido “evolucionando” en pos de la liberalización del aborto,

llegando, incluso, a la concepción de un “derecho al aborto”. Si se considerara que, en efecto, existe un derecho humano al aborto y se perdiera la perspectiva de ver la conducta como un problema de salud que hay que solucionar, se podría llegar a casos absurdos, en donde se intente abortar legítimamente a un naciente, y sólo el alcance de su primer llanto a oídos de un testigo haga la separación entre una vida digna de ser protegida, de una que todavía se considera dependiente.

Teniendo ese punto claro, ¿qué pasa en Chile?

Como se pudo exponer en el trabajo, los criterios respecto a la legitimidad del aborto en Chile no han tenido una evolución lineal. El país no ha comenzado este viaje desde una perspectiva ultra moralista y patriarcal, hasta una liberalización gradual de la conducta. La penalización del aborto ha pasado por un vaivén de criterios, donde se han tenido legislaciones permisivas, seguidas por unas completamente condenatorias y, finalmente, con causales de justificación. Cuando nos enfocamos en los proyectos de ley sobre la materia, este vaivén se hace aún más evidente, llegando a los paradigmas actuales, en donde se presenta una propuesta constituyente que tiene los Derechos Sexuales y Reproductivos como uno de sus pilares fundamentales, a proyectos de ley que intentan volver a criminalizar el aborto en todas sus formas y una nueva propuesta constituyente que prefirió omitir el tema.

Estas propuestas extremas, a la que el país se enfrenta actualmente, no van a llevar a una legislación que acomode a todos los sectores de la población. En este caso, se debe hacer un desapego emocional y no ideologizar la polémica.

Al respecto, cabe destacar que en Chile no se ha propuesto nunca despenalizar el aborto completamente. Los proyectos de ley más liberales sólo intentaban despenalizar el aborto voluntario antes de las 14 semanas de gestación. La única propuesta que hablaba del aborto como un “derecho” fue la realizada para el proceso constituyente del 2022, y esta interpretación ha sido claramente rechazada por la población, como se ha visto con las nuevas votaciones para los escaños constitucionales, que fueron llenados por candidatos ultra conservadores.

Si el objetivo es proteger la vida de los no nacidos que van a ser abortados, sin vulnerar los derechos de las mujeres, la figura de la interrupción del embarazo se debe **regular**. La clave, como se mencionó anteriormente, está en comprender que la protección de la vida del no nacido debe ser gradual e incremental.

La forma de llevar esto a cabo es con el sistema de plazos: Liberalización de la conducta durante las primeras 12 o 14 semanas de gestación; sólo legitimación de causales entre las 12 o 14 semanas, hasta las 22 o 24 semanas; y luego de las 22 o 24 semanas, **criminalización absoluta**.

Este modelo, que es el utilizado en países como Alemania y que había sido el legitimado en EEUU antes de la derogación de *Roe vs Wade*, es el modelo paradigmático de la preponderancia de los intereses en juego: No se puede vulnerar a las mujeres gestantes completamente, porque la gestación ocurre en su cuerpo y debe mediar su voluntad para la procreación, y responsabilidad de la vida humana que se está creando, por lo que se tiene 3 meses para decidir, elegir, ver las posibilidades, solicitar apoyo, etc.; luego, entre los 3 y los 6 meses de gestación, la protección del *nasciturus* entra en su segundo nivel de protección incremental, por lo que es deber del Estado garantizar que, aquellos cuya supervivencia no atenten contra la vida, integridad física o psíquica de la madre, sean protegidos; luego de los 6 meses, momento en que el *nasciturus* ya tiene el potencial para poder sobrevivir por su cuenta, puede tener todos sus derechos protegidos.

Hoy en día, los avances médicos permiten que un feto sano, de 6 meses de gestación, sea capaz de sobrevivir por su cuenta: Ya es capaz de interactuar con su exterior, y, fuera del tiempo de desarrollo que le falta en el útero, no se diferencia sustancialmente del niño nacido.

Así, se puede concluir que no habría ninguna razón para hacer una separación de la protección de la vida dependiente, de la independiente; ninguna razón que justificara la existencia del infanticidio como atenuante de responsabilidad en sede penal, ni las diferencias de penas entre el primer nivel de protección y el segundo, cuando el *nasciturus* está en las últimas etapas de su gestación, si se cumpliera con la condición de que las mujeres tuvieran la posibilidad de elegir legítimamente tener al hijo o no, al comienzo del embarazo, donde la protección “gradual e incremental” todavía lo permitiera.

Bibliografía

- Álvarez Molinero, N. (2007, junio). Aportaciones del Feminismo al Derecho Internacional en la Construcción de la Paz. *Feminismo/s*, (9), 79-91.
Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante.
10.14198/fem.2007.9.06
- Amnistía Internacional. (2015). *Chile no protege a las mujeres. La criminalización del aborto viola los derechos humanos*.
<https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2015/08/PRINCIPALES-DATOS-Y-CIFRAS-SOBRE-ABORTO-EN-CHILE.pdf>
- Anguissola, S. (2022, May 3). Qué es Roe vs. Wade y qué consecuencias tendrá su anulación para el aborto en EE.UU. *BBC*.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-61314561>
- Anónimo. (2015). *Interrupción Voluntaria del Embarazo: definición, proyectos de ley y legislación extranjera*.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21343/4/BCN%20Interrupcion%20voluntaria%20del%20embarazo_2015_FINAL_v3.pdf
- Artal, R. (n.d.). *Trabajo de parto - Salud femenina - Manual MSD versión para público general*. MSD Manuals.
<https://www.msmanuals.com/es-cl/hogar/salud-femenina/parto-normal/trabajo-de-parto>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979, diciembre 18). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.
https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf

- Asamblea Permanente por la Legalización de Aborto. (2021, Diciembre 24). *Iniciativa Popular de Norma N° 5.938*.
<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/IPC-1-4.pdf>
- Ayuso, S. (2021, abril 5). La lucha feminista aún está abierta: 50 años del “manifiesto de las 343 zorras”. *El País*.
https://elpais.com/sociedad/2021-04-05/la-lucha-feminista-aun-esta-abierta-50-anos-del-manifiesto-de-las-343-zorras.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerradoam
- BCN. (1931). *Código Sanitario. DFL 226 del año 1931*. BCN.
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5113>
- BCN. (1968). *DFL-725Decreto-725 31-ENE-1968 MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA - Ley Chile*. BCN. Retrieved April 6, 2023, from
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5595>
- BCN. (2013). *Aborto en Chile. Evolución histórica del Marco Normativo*. BCN.
https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21553/1/BCN_Aborto%20en%20Chile.%20Antecedentes%20historicos%20del%20marco%20normativo_final_v5.docx
- BCN. (2018, Abril 3). *Boletín 11.653-11* [Interpreta el Código Sanitario en materia de objeción de conciencia planteada por establecimientos de salud, ante el requerimiento de interrupción voluntaria del embarazo].
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iiddocto=12173&tipodoc=mensaje_mocion
- BCN. (2018, abril 5). *Boletín 11.668-11* [Modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, con el objeto de asegurar el financiamiento, por parte de las Isapres, de la atención médica que requieran sus afiliadas para someterse a un aborto, en el caso que indica].
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iiddocto=12191&tipodoc=mensaje_mocion

- BCN. (2022, octubre 27). *Selección de Proyectos de Ley Aborto e interrupción del embarazo Antecedentes I. Proyectos de ley publicados II. Proyectos de*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33698/1/SelecciondeProyectos_Aborto.pdf
- Boletín 2978-07. (2002). *Modifica en el Código Penal el delito de aborto*.
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=3275&tipodoc=mensaje_mocion
- Boletín 3608-04. (2004). *Autoriza erigir 3 monumentos en memoria de las víctimas del aborto*.
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=3931&tipodoc=mensaje_mocion
- Boletín 4122-07. (2006). *Agrega un nuevo artículo 345 bis al Código Penal para que sólo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto*.
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=4517&tipodoc=mensaje_mocion
- Boletín 499-07. (1991). *Modifica el artículo 112 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico*.
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=2693&tipodoc=mensaje_mocion
- Boletín 9895-11. (2015, enero 31). *Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*.
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=10315&tipodoc=mensaje_mocion
- Castillo Ara, A. (2010, 4 9). *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*. Defensoría Penal Pública.

<http://www.dpp.cl/resources/upload/d94a57f340a1eb8245508ee628145667.pdf>

- CIDH. (1999, November 19). *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
- CIDH. (2015, November 17). *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO GARCÍA IBARRA Y OTROS VS. ECUADOR SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015 (Excepción)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf
- CIPD. (1994, September 13). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. United Nations Population Fund. Retrieved March 27, 2023, from https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- Comité CEDAW. (2006). *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile*. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsoVqDbaslinb8oXgzpEhivh0A8PoYIVZVT%2BjpsQxDboMT8IZ%2BNVGI4nULLg7t72NFXevrRfRjDJJq7YIprVam3Bsettjzh0CVd2aL2Mh8of>
- Comité CEDAW. (2012, noviembre 12). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012)*. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsoVqDbaslinb8oXgzpEhivgcrpRvrGV%2BzOfJUe6NmtiJkiBZ1uhrnbZVtABzERETtMuGtiBAi%2FbDbVuq7zDnqR%2Fik1rqgt84%2B3naPUVXc6p>

- Comité CEDAW. (2018, marzo 14). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/070/16/PDF/N1807016.pdf?OpenElement>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2015, Julio 7). *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*.
<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlB EDzFEovLCuW%2BALqOml1btoJd4YxREVF2VLpsynzEQ14MrIM81mGrQY8 i6Ffm4Xu53oEyZ9iXXvgu%2FuulQCVPaTThiVh8Lj2IM462mJWej7kbsv1WCy 3Fa4>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016, May 2). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. OHCHR. Retrieved March 29, 2023, from
<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlB EDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvljeTiAP6sU9x9eX O0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67Nd UrGT87>
- Comité de Derechos Humanos. (2018, Octubre 30). *Observación General N° 36 [Sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida]*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_S P.pdf.
- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI). (2014, Septiembre 19). *Declaración Sobre La Violencia Contra Las Niñas, Mujeres Y Adolescentes Y Sus Derechos*

Sexuales Y Reproductivos.

<https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf>

- Comité de los Derechos del Niño. (2003). *Observación General N°4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño* [33º período de sesiones 19 de mayo a 6 de junio de 2003].

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50045c4e2>

- Convención Constituyente. (2022, Julio 4). *Propuesta Nueva Constitución 2022.*

<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

- Copelon, R., Zampas, C., Brusie, E., & deVore, J. (2005). Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights. *Reproductive Health Matters*, 13(26), 120-129.

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080%2805%2926218-3>

- Corporación Humanas. (2021, marzo). *PERSECUCIÓN CRIMINAL POR ABORTO EN CHILE: REVISIÓN DE DATOS INFORMADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO PERÍODO 2010-2020.* Cámara de Diputados.

<http://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=103769>

- Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2012, Noviembre 28). *Atavia Murillo y otros versus Costa Rica.*

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, noviembre 28). *Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica [Sentencia].*

<http://bcn.cl/ylo4>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023, March 24). *Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. 23/3/2023*. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=oZa6QMe4i2Y>
- *Definición de parto - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE*. (n.d.). Diccionario panhispánico del español jurídico. Retrieved February 11, 2023, from <https://dpej.rae.es/lema/parto>
- Departamento de Servicios Legislativos y Documentales. (2022). *Selección de Proyectos de Ley Aborto e interrupción del embarazo Antecedentes I. Proyectos de ley publicados II. Proyectos de*. BCN. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33698/1/SelecciondeProyectos_Aborto.pdf
- Estradé-Brancoli, L. (2016, 8 21). *Sistematización. Antecedentes Tramitación Legislativa. Materia. Derogación Aborto Terapéutico: Perspectiva Legal*. [Moción de Ley. Informe de la Comisión Conjunta. Informes Complementarios de la Comisión Conjunta. Actas de la Junta Militar].
- Excelentísima Corte Suprema. (2008, enero 30). *Sentencia Rol N° 6226-2006* [Causa n° 6229/2006 (Casación). Resolución n° 6229-2006 de Corte Suprema, Sala Segunda (Penal)]. <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/Corte+Suprema+6229-2006/WW/vid/332867294/search>
- Excelentísima Corte Suprema. (2009, abril 16). *Sentencia N° Rol 1882-2008* [(CRIMEN) CASACIÓN FONDO), Rol N° 1882-2008]. Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema. <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?izzr>
- Figueroa, J. P. (2008, April 4). *Chile, un país abortero - CIPER Chile*. - CIPER Chile. <https://www.ciperchile.cl/2008/04/04/chile-un-pais-abortero/>
- Galdos Silva, S. (2013, July 3). *La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva*. SciELO Perú. Retrieved March 27, 2023, from

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342013000300014

- Harboe Bascuñán, F., & Castillo Val, I. (2019). Breve reconstrucción histórico-legislativa de la ley 21.030 que reguló en Chile la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. In *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización* (1° ed., pp. 72-102). Centro de Derechos Humanos UDP.
- Herrera Corthorn, C., & Ruiz Barbaste, D. (2010). *El Aborto Terapéutico en Chile. Estado Actual de la Discusión*.
https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110914/de-Herrera_c.pdf?sequence=1
- Historia de la Ley 21.030. (2018). *Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*.
https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/6701/HLD_6701_5fc736c5417e125533e0bf8b6fab02db.pdf
- La Primera Piedra. (2016, May 17). *La lucha por el aborto en Chile: ¿cómo sigue el impulso de la marea verde?* – Humanas. Corporación Humanas. Retrieved March 22, 2023, from <https://www.humanas.cl/la-lucha-por-el-aborto-en-chile-como-sigue-el-impulso-de-la-marea-verde/>
- Larraín, H. (1994). *Moción. Aumenta Penalización del Aborto*.
https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=422&tipodoc=mensaje_mocion
- Leiva, M. (2021, July 4). *Propuesta constitucional de la Comisión Experta – Una cobertura especial de Emol.com*. EMOL. Retrieved May 31, 2023, from <https://www.emol.com/especiales/2023/nacional/proceso-constitucional/propuesta-comision-experta.asp>

- Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2017). *Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Maura, G., Hurtado, J., & Santana, P. (-). *Posicionamientos feministas sobre el aborto en Chile*. Red Chilena contra la Violencia Hacia las Mujeres.
<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2020/10/POSICIONAMIENTOS-FEMINISTAS-SOBRE-EL-ABORTO-EN-CHILE-MAIRA-HURTADO-Y-SANTANA.pdf>
- Meza-Lopehandía, M. (2015). *La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional*. Biblioteca del Congreso Nacional.
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21791/3/FINAL%20-%20La%20protecci%C3%B3n%20del%20nonato%20y%20de%20la%20mujer%20embarazada%20en%20el%20derecho%20internacional-2.pdf>
- Meza-Lopehandía, M. (2016). *El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23610/1/FINAL%20-%20REFUNDIDO%20-%20El%20aborto%20en%20el%20DIDH.pdf>
- Monreal, T. (1993). Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción. In *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de la smujeres. Hablemos de aborto terapéutico*.
- Naciones Unidas. (-). *Conferencias | Población y Desarrollo | Naciones Unidas*. the United Nations. Retrieved March 27, 2023, from <https://www.un.org/es/conferences/population>
- Naciones Unidas. (2004, mayo 12). *Recopilación De Las Observaciones Generales Y Recomendaciones Generales Adoptadas Por Órganos Creados En Virtud De Tratados De Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004)
- Núñez, N., & Casas, L. (1998). *Aborto: argumentos para una discusión necesaria*. Instituto de la Mujer.

- OEA. (1994). *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Pará"*.
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2007). *Legislative History of the Convention on the rights of the child* (Vol. 1). United Nations.
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf>
- Ojeda, J., & Cárdenas, P. (2018, June 20). *En Chile se realizan entre 80 mil y 260 mil abortos clandestinos al año*. Radio JGM. Retrieved April 3, 2023, from
<https://radiojgm.uchile.cl/entre-80-mil-y-260-mil-abortos-clandestinos-se-realizan-al-ano-en-chile/>
- ONG Comunidad y Justicia. (2015). *El Derecho a la Vida en Chile*. [Interpretación del Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. In *General Comment N° 36 - Article 6: Right to Life*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CCPR/Discussion/2015/ComunidadYJusticia.doc>
- Organización Mundial de la Salud. (1970). *Aborto espontáneo y provocado: Informe de un Grupo Científico de la OMS* [se reunió en Ginebra del 10 al 14 de noviembre de 1969]. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/38296>
- Palavecino Cáceres, A. (2014). Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile. *Polis, Revista Latinoamericana*, 13(38), 521-541.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682014000200023>
- Paúl Díaz, Á. (2012). Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación. *Ius et Praxis*, 1(1), 61 - 112.
[10.4067/S0718-00122012000100004](https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000100004)

- Prada, E. (2016, January 1). *Aborto inducido en Chile*. Guttmacher Institute. Retrieved April 3, 2023, from <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-inducido-en-chile#4>
- Sadinsky, S. (2022, May 10). *Nueva evidencia sobre embarazo no planeado y aborto en 150 países muestra la importancia de desarrollar políticas mejor enfocadas*. Guttmacher Institute. <https://www.guttmacher.org/es/article/2022/05/nueva-evidencia-sobre-embarazo-no-planeado-y-aborto-en-150-paises-muestra-la>
- Serie De Información Sobre Salud Y Derechos Sexuales Y Reproductivos. (2015). *ABORTO*. OHCHR. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB_SP.pdf
- Tribunal Constitucional. (2017, Agosto 28). *Sentencia N° 3729-17* [Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres c]. https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdictions:CL+content_type:2/interrupcion+del+embarazo/#vid/692332513
- Tribunal Constitucional. (2017, agosto 28). *Sentencia Rol 3729 (3751) -2017* [Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres c]. Chile. https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdictions:CL+content_type:2/Sentencia+n%C2%BA+Rol+3729-17+de+Tribunal+Constitucional%2C+28+de+Agosto+de+2017/WW/vid/692332513

- Valenzuela Saldías, J. (2005). *El tercer nivel de protección penal a la vida humana, cuestiones político-criminales*. Repositorio Universidad de Chile.
<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107646>