

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Penal

Taller de Memoria: Género, Biopoder y Derecho Penal

Profesora: Myrna Villegas Díaz

El Aborto Terapéutico en Chile.
Estado Actual de la Discusión.

Alumnas: Carolina Herrera Corthorn.
Daniela Ruiz Barbaste.

Índice

Introducción	5
Capítulo I: Marco Conceptual	9
1. El Aborto.....	10
1.1 Figuras de Aborto dentro del Código Penal	12
1.2 El Aborto Terapéutico.....	16
3. Derecho a la Integridad Personal	18
4. Derechos Sexuales y Reproductivos.....	20
Capítulo II: Evolución Histórica del Aborto Terapéutico en la Legislación Chilena	26
1. Código Penal.....	26
2. Código Sanitario de 1931 y Modificación del Año 1967.....	27
3. Historia de la Ley 18.826 de 1989.....	32
3.1 Objetivos del Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo Relativo a la Protección de la Vida del que Está por Nacer”. .	32
3.2 Estructura del Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo Relativo a la Protección de la Vida del que Está por Nacer”. .	34
3.3 La Argumentación sobre el Aborto Terapéutico Contendida en el Proyecto de Ley.....	35
3.3.1 Opiniones de expertos médicos.....	36
3.3.2 Opiniones de expertos religiosos.....	41
3.4 Trámite Legislativo.....	44
4. Proyectos de Ley Relacionados con el Aborto Terapéutico.....	48
4.1 Proyectos de Ley Tendientes a Fortalecer la Prohibición del Aborto Terapéutico.....	49
4.2. Proyectos de Ley que Buscan la Despenalización Parcial del Aborto.....	51
Capítulo III: El Aborto Terapéutico en el Derecho Comparado	60
1. Sistema de Indicaciones.....	61

1.1 Argentina.....	61
1.2 España.....	64
1.3 Colombia.....	72
2. Sistema de Plazos.....	75
2.1 México.....	75
2.2 Gran Bretaña.....	80
2.3 Holanda.....	82
3. Prohibición Absoluta del Aborto.....	84
3.1 El Salvador.....	84
3.2 Nicaragua.....	88
4. El Aborto en el Mundo.....	89
<u>Tabla N° 1:</u>	91
<u>Tabla N° 2:</u>	93
Capítulo IV: Derecho Internacional.....	94
A. Sistema Universal (Naciones Unidas).....	94
1. Carta de las Naciones Unidas.....	94
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	95
2.1 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos.....	97
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	98
3.1 Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado de Chile.....	100
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	100
5. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.....	102
5.1 Recomendación General N° 24 del Comité de la CEDAW:.....	105
5.2 Observaciones Finales del Comité al Estado de Chile para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.....	106
5.3 Informe Periódico IV del Estado de Chile ante la CEDAW.....	107
5.4 Recomendaciones del Comité de la CEDAW IV al Estado de Chile.....	107
5.5 Respuesta de la Delegación del Estado de Chile a las Recomendaciones del Comité de la CEDAW IV.....	108

6. Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.	109
6.1 Comité Contra la Tortura: examen de los informes presentados de los Estados Partes en conformidad con el artículo 19 de la Convención.	110
B. Sistema Interamericano (Organización de Estados Americanos).	111
1. Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”.	111
2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.	115
C. La Situación de Chile y los Tratados Internacionales Ratificados en Nuestro País, en Relación a la Penalización del Aborto.	116
Capítulo V: La Argumentación en Torno al Aborto Terapéutico.	120
1. El Comienzo de la Vida y el Derecho a la Vida.	120
1.2 Los Argumentos de la Salud.	129
1.3. El Principio de la Exigibilidad Diferenciada.	134
1.4 La Privacidad.	143
1.5 La Autonomía.	146
1.6 Derecho a la Igualdad.	151
1.7 El Argumento Religioso.	153
1.8 El Argumento de las Políticas Demográficas.	155
1.9 Las Causas de Justificación y la Doctrina del Doble Efecto.	156
Conclusiones.	165
Bibliografía.	172

Introducción

Por diversas razones mujeres de todo el mundo se ven en la necesidad de interrumpir un embarazo que no pueden llevar a término.

El aborto siempre ha sido un tema controvertido debido a las influencias religiosas, sociales y jurídicas. Para algunos, cualquier tipo de aborto es un crimen, mientras que para otros, el aborto no es un delito, sino que un derecho de la mujer, quien debe poder tomar decisiones que afecten su propio cuerpo. Estas visiones tan distintas del aborto han hecho que su regulación en los diferentes países del mundo sea muy dispar.

En aquellos países en que el aborto no se encuentra absolutamente prohibido, existen principalmente dos sistemas de despenalización: el sistema de plazos, de acuerdo con el cual se permite la interrupción del embarazo siempre que ésta se realice dentro del plazo fijado legalmente; y el sistema de indicaciones, el cual permite la interrupción cuando se presente alguna de las causales establecidas. Dentro de estas causales o indicaciones, por lo general con la primera que nos encontramos es con la terapéutica, la cual da lugar al llamado aborto terapéutico.

El aborto terapéutico se practica cuando está en riesgo la vida o la salud de la mujer, o bien, cuando el feto no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir fuera del útero. En Chile fue permitido por el Código Sanitario entre 1931 a 1989, en este período toda mujer cuya vida estuviera en peligro podía solicitar un aborto si contaba con la aprobación de dos médicos. En 1989, en las postrimerías de la dictadura militar, se eliminó la excepción del aborto terapéutico, penalizando esta práctica y poniendo en riesgo a las mujeres. Actualmente, la regulación del aborto se encuentra en el Código Penal, en los artículos 342 a y 345, bajo el título de “Crímenes y Delitos contra el Orden Familiar y la Moralidad Pública”, y en el

Código Sanitario, en el artículo 119, que prohíbe toda acción cuyo fin sea provocar un aborto.

Producto de la prohibición del aborto terapéutico en nuestro país, se ven afectados los derechos humanos de las mujeres de diversas formas. El derecho a la vida, a la integridad física y síquica se ve vulnerado, por ejemplo, cuando la salud o vida de las mujeres es puesta en riesgo, en casos en que si no se practica la interrupción del embarazo se producirá la muerte o el grave deterioro de la salud de la embarazada. Por otro lado, también se ven afectados derechos como la igualdad, puesto que la prohibición absoluta del aborto implica prohibir un procedimiento clínico que sólo es requerido por mujeres, y por lo tanto negar este procedimiento constituye una forma de discriminación en su contra. Otros derechos que se ven afectados por esta prohibición son los derechos sexuales y reproductivos, los cuales han sido reconocidos por diversos tratados y convenciones internacionales ratificados por Chile.

A pesar de la importancia de este tema, y de los efectos que la prohibición absoluta del aborto en nuestro país tiene sobre las mujeres, este asunto sólo suele ser recordado cuando ocurren casos extremos y dramáticos que son recogidos por los medios de comunicación. No existe un debate serio orientado a encontrar soluciones, y a esto se suma el hecho de que existe muy poca información disponible atinente al tema. Se hace necesario, en este sentido, mejorar el nivel de conocimiento de la sociedad civil respecto del aborto terapéutico y superar los prejuicios que lo rodean.

Los representantes del poder legislativo de nuestro país deben tomar en cuenta el marco legal internacional y el problema sanitario que implica el aborto terapéutico, de modo que finalmente se logre priorizar la salud de las mujeres, por sobre las convicciones valóricas personales.

En nuestra tesis veremos, en primer lugar, algunos conceptos, como el de aborto, aborto terapéutico, derecho a la integridad personal, derechos sexuales y reproductivos, para así tener una adecuada comprensión del tema que analizaremos.

En segundo lugar, revisaremos la evolución histórica del aborto terapéutico en la legislación de Chile. Para ello veremos la regulación del Código Penal, Código Sanitario, la historia de la Ley Nº 18.826 de 1989, incluyendo su proyecto de ley original y su trámite legislativo. Veremos, además, algunos proyectos de ley presentados en el Congreso sobre el tema del aborto terapéutico y la necesidad de que exista un proyecto de ley viable que agregue el aborto terapéutico en el Código Sanitario y que esté en concordancia con el Código Penal.

En tercer término analizaremos el aborto terapéutico en el Derecho Comparado. Expondremos como se ha regulado el aborto en algunos países de América Latina y Europa, con el fin de analizar posteriormente como se ha resuelto este problema en otros países, y así recoger ideas que el día de mañana podrían aplicarse en nuestro país. Los países cuyas legislaciones revisaremos serán: Argentina, España, Colombia, México, Gran Bretaña, Holanda, El Salvador y Nicaragua.

Un cuarto tema es el Derecho Internacional. Realizaremos un análisis de la Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. En cada uno de ellos se realiza un análisis de los artículos principales en relación a los derechos de las mujeres, y las Observaciones de algunos Comités al Estado de Chile. Además de señalará la importancia de cada uno de ellos por el hecho de estar ratificados por Chile, y la

obligación de nuestro país de respetar esos derechos y estudiar la posibilidad de despenalizar el aborto.

El quinto tema analiza los argumentos a favor y en contra del aborto terapéutico, la relación con los proyectos de ley que se han presentado en nuestro país sobre el tema y que derechos se ven involucrados en ello.

Por último llegamos a una serie de conclusiones para tomar conciencia en nuestra sociedad, de lo vital que es despenalizar parcialmente el aborto en Chile, para permitir el aborto terapéutico, y así las mujeres tengan el derecho a optar por su vida, salud y bienestar. También mencionamos propuestas para llevar a cabo en nuestro país un aborto terapéutico seguro y legal.

Capítulo I: Marco Conceptual.

En nuestro país subsisten normas y políticas que discriminan notablemente a las mujeres, causando una situación de injusticia e inequidad para ellas. Muchas de estas normas, que obstaculizan el establecimiento en Chile de un sistema jurídico verdaderamente igualitario y democrático, se han mantenido a través del tiempo sin que exista un debate verdadero y serio en torno a ellas.

A pesar de la estabilidad económica, política y social que ha estado viviendo nuestro país, encontramos, en este sentido, un aspecto negativo. Se podría decir que el problema de fondo de la democracia en Chile es “la profunda brecha que existe entre una sociedad que cambia vertiginosamente los estilos de vida, y un sistema político auto referido que no logra captar esos cambios ni adecuarse a su ritmo”¹.

Pese al discurso y políticas públicas de igualdad de oportunidades en la agenda del Estado, las demandas de las mujeres por sus derechos han sido marginadas. Los derechos sexuales y reproductivos no constituyen derechos reconocidos a nivel constitucional o legal y Chile continua siendo uno de los pocos países con leyes absolutamente restrictivas respecto del aborto.

Es precisamente esta prohibición absoluta del aborto la que ha significado para las mujeres en nuestro país una desprotección de sus derechos humanos, en especial de sus derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad y sus derechos sexuales y reproductivos. Se hace necesario, por ello, revisar esta normativa y analizar como la actual legislación significa una vulneración de los derechos humanos que el mismo Estado se ha comprometido a respetar y garantizar.

¹ CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER “et al”. Informe Alternativo sobre el Cumplimiento de la CEDAW en Chile. Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Chile, 2003. Santiago de Chile. La Morada, 2003. Pág. 12.

Para realizar un adecuado análisis de este tema, es necesario definir previamente una serie de conceptos.

1. El Aborto.

El aborto puede ser definido como “interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas”². Para la OMS el término “aborto” se aplica a la terminación del embarazo, cualquiera que sea su causa, antes de que el feto esté capacitado para la vida extrauterina³, pudiendo el aborto ser espontáneo o inducido. El aborto espontáneo ocurre cuando un embarazo termina antes de la viabilidad, es decir, antes que el feto o embrión pueda sobrevivir fuera del útero materno⁴, sin que exista ninguna intervención externa, lo cual puede ser causado por enfermedades de la madre o por defectos genéticos del embrión⁵. El aborto inducido o provocado, por otra parte, será la interrupción del embarazo debida a una intervención externa deliberada⁶, la cual podrá realizarse por distintos medios y podrá ser o no lícita dependiendo de la legislación del país en que nos encontremos.

Esta visión del aborto como espontáneo o inducido, corresponde a un punto de vista médico, sin embargo para objeto de esta memoria, nos interesa el aborto en su definición legal, o sea, el aborto como delito, al cual haremos referencia a continuación.

² Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición, 2000.

³ Organización Mundial de la Salud (OMS), División de Salud Reproductiva. "Planificación Familiar Post-Aborto: Guía Práctica para Gerentes de Programas". New York, 1997 [en línea]. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/1997/WHO_RHT_97.20_spa.pdf. Consultado el 20 de Agosto de 2009.

⁴ Para la OMS esto ocurrirá cuando se trate de la expulsión de un embrión o feto cuyo peso sea menor a 500 g. BALTRA E, Estebeni, DE MAYO G, Tomás, ROJAS G, María de los Ángeles “et al”. “Tiempo Recomendado para una Nueva Concepción Post Aborto Espontáneo”. Rev. Chilena de Obstetricia y Ginecología, 73 (2): 79-84, 2008 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262008000200002. Consultado el 2 de Diciembre de 2008.

⁵ BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. El Drama del Aborto: en Busca de un Consenso. Santiago de Chile. LOM Ediciones, 2007. Pág. 34.

⁶ BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. cit. Pág. 34.

El aborto no se encuentra definido dentro de nuestra legislación, la cual sólo se limita a sancionarlo, es por ello que para dar con un concepto de aborto es necesario recurrir a la doctrina. El concepto varía según el autor que lo menciona. Así, para Politoff el aborto es “dar muerte al feto”⁷, mientras que Etcheberry señala que se trata de “la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona”⁸. Garrido Montt, por su parte lo considera como “la interrupción del proceso de gestación mediante la destrucción o muerte del producto de la concepción”, aclarando que habrá concepción desde que exista “el ovulo inseminado y anidado en la matriz de la mujer”⁹.

Es elemento central dentro de estas definiciones la muerte o destrucción del feto o del producto de la concepción. Por este motivo no correspondería limitar la noción de aborto a la interrupción del embarazo, ya que puede haber existido aborto y aún así haber sobrevivido el feto. A su vez, la simple destrucción o muerte del producto de la concepción es un concepto insuficiente, ya que es posible que el embrión sea expulsado y muera en forma natural¹⁰.

La doctrina además concuerda en que deben existir una serie de elementos para que exista aborto desde un punto de vista penal. Estos elementos son:

- a) La existencia de un embarazo, sea cual fuere el grado de evolución de este estado.
- b) El aborto deberá estar dirigido a provocar la destrucción del producto de la concepción, a través de la interrupción del embarazo.
- c) El aborto requerirá que el embrión o feto esté vivo y además que éste tenga viabilidad intrauterina, es decir, la posibilidad de continuar su desarrollo natural en el seno de la madre.

⁷ POLITOFF Sergio, GRISOLIA, Francisco y BUSTOS Ramírez, Juan. Derecho Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. Pág. 142.

⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. III. Pág. 88.

⁹ GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo III. Pág. 103.

¹⁰ Íbidem.

- d) La destrucción o muerte del embrión o feto deberá producirse dentro del vientre materno¹¹.

1.1 Figuras de Aborto dentro del Código Penal.

El Código Penal regula el aborto en los artículos 342 y ss. Del análisis de esta regulación es posible concluir que se existen tres figuras de aborto: (1) el aborto provocado por un tercero no profesional de la salud, (2) el aborto causado por la propia mujer o con su consentimiento y (3) el aborto realizado con la intervención de un facultativo médico.

(1) El aborto causado por un tercero que no sea profesional de la salud. Dentro de él, es necesario distinguir dos posibles alternativas:

a.- Que sea llevado a cabo con el consentimiento de la mujer. Esta hipótesis se encuentra regulada por el artículo 342 N° 3 del Código Penal, el cual señala que este delito será castigado *“con la (pena) de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere”*.

Este consentimiento deberá ser otorgado por una mujer con capacidad penal, imputable, y debe otorgarse libremente, al margen de toda coacción. Debe, además, ser explícito¹².

b- Realizado sin el consentimiento de la mujer. Es posible efectuar una distinción según el medio empleado para provocarlo:

b.1- Con violencia: esta situación está regulada por los artículos 342 N° 1, el cual sanciona el actuar doloso de un autor que persigue provocar el aborto, y se castiga *“con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si*

¹¹ A estos elementos se refiere GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág.104.

¹² “Puede [el consentimiento] ser manifestado explícitamente, aunque hay autores que aceptan que sea implícito. Corresponde rechazar el consentimiento presunto como manifestación válida de la voluntad de la embarazada.” GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág. 107.

ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada; y el artículo 343, que se refiere a la situación de un autor que, sin tener el propósito de provocar el aborto, termina ocasionándolo con violencia, siempre que el estado de embarazo de la mujer haya sido notorio o le hubiese constado al autor. De acuerdo con este último artículo “será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”.

Ambos preceptos buscan sancionar comportamientos dolosos, la diferencia está en que en el artículo 342 N° 1 se regla la hipótesis de un autor que busca precisamente provocar el aborto, mientras que en la hipótesis del artículo 343 éste no tendrá tal propósito. La violencia, a la cual hace referencia el artículo 342 N° 1, podrá ser física o moral (coacción o intimidación), de modo que para estos efectos será igual el emplear medios materiales, como por ejemplo golpes o sustancias tóxicas, que recurrir a la amenaza de emplear fuerza física, sea inmediata o próxima¹³. Por su parte la violencia a la cual hace referencia el artículo 343, es indiciaria de fuerza física, quedando marginada la intimidación. En este artículo a lo que se alude es a malos tratos de obra o lesiones realizados dolosamente, pero que no perseguían provocar el aborto¹⁴.

b.2- Sin violencia: esta clase de aborto se encuentra sancionado en el artículo 343 N° 2, el cual señala que el que maliciosamente causare un aborto será castigado “*con presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza (violencia), obrare sin consentimiento de la mujer*”. La sanción que corresponde en este caso es más grave que aquella que se daría a quien actuase con el consentimiento de la mujer, puesto que en este caso además de existir un atentado a la vida del nasciturus, hay un atentado contra la libertad de la mujer¹⁵.

¹³ Ibíd. Pág. 108.

¹⁴ Ibíd. Pág. 109.

¹⁵ Ibíd. Pág. 112.

(2) Aborto causado por la propia mujer o con su consentimiento. Se trata de una figura de hipótesis múltiple, descrita por el artículo 344. Por un lado se refiere a la mujer que consiente en que un tercero le practique un aborto, y por otro al “autoaborto”, es decir, al aborto que la misma mujer embarazada se provoca. Es una figura calificada, ya que se agrava la sanción correspondiente al delito por ser la mujer la que se realiza el aborto o consiente en que otro lo haga¹⁶, existiendo de su parte la voluntad de abortar. La mujer que se encuentra en posición de garante de la vida del nasciturus, infringe esta posición al consentir en su destrucción o al realizar el aborto ella misma, lo cual aumentaría el reproche del hecho¹⁷.

El artículo 344 inciso segundo, contempla una atenuante especial para el caso que la mujer incurriera en estos actos para “*ocultar su deshonor*”. Este es el llamado aborto honoris causa, o por motivos de honor. Para Etcheberry, dentro de la tradición española de nuestra legislación, la expresión “honra” relativa a una mujer, hace alusión a sus costumbres en materia sexual. Para este autor “la deshonor, en consecuencia, significa el hecho de que se haga público que la mujer ha tenido relaciones sexuales consideradas socialmente como reprochables”¹⁸. La mujer se practicará el aborto con el objeto de ocultar esta situación. Algo muy similar señala Garrido Montt, quien entiende que por la expresión “*por ocultar su deshonor*” ha de entenderse “la pretensión de la afectada de impedir que en el medio en el que se desenvuelve se tenga conocimiento de que ha tenido una relación sexual criticada, su objetivo ha de ser evitar la reacción socialmente negativa que su embarazo puede provocar en tales circunstancias”¹⁹. Esta circunstancia personal beneficia únicamente a la mujer y no a terceros que pudieron haber participado en el delito.

¹⁶ La mujer que causare su aborto o consintiere en que otro se lo cause será castigada con presidio menor en su grado máximo, mientras que el tercero que realiza el aborto será sancionado de manera más benigna, conforme a lo dispuesto por el artículo 343 N° 3, el cual establece una pena de presidio menor en su grado medio para éste.

¹⁷ GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág. 114.

¹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Pág. 103.

¹⁹ GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág. 116.

(3) Aborto realizado con la intervención de un facultativo médico. El artículo 345 dispone que *“el facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”*.

La doctrina ha entendido que el término facultativo ha de comprender cualquier profesión relativa al ejercicio de la medicina²⁰, no quedando limitada esta expresión a los médicos. Así, quedara incluido todo profesional que “haya seguido y terminado estudios sobre el arte de sanar, como el odontólogo, el kinesiólogo, la enfermera universitaria, la dietista y en general, profesiones análogas”²¹.

El facultativo deberá intervenir en el aborto en calidad de autor o de partícipe y abusando de su oficio. Esto significa que el facultativo intervendrá ejerciendo su actividad, pero abusando de su ejercicio, entendiéndose por tal abuso aquel ejercicio de la función curativa que sobrepasa los límites que ha fijado la *lex artis* médica²².

Ahora bien, si en el ejercicio de su profesión un médico causare un aborto con culpa, su comportamiento no podría ser sancionado puesto que no hay aborto culposo punible. En este caso su actuar sólo podría subsumirse en el delito falta descrito en el artículo 494 N° 10, el cual castiga el descuido culpable del médico que no causa daño a la personas²³.

²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Pág. 104.

²¹ GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág.116.

²² Garrido Montt señala que la “*lex artis*” es el conjunto de principios y reglas a las cuales debe sujetarse el ejercicio de una profesión, de manera que si éstas son infringidas existirá abuso, mientras que el profesional que las respete estará amparado por la justificante del Art. 10 N° 10 del Código Penal, no siendo su actuar antijurídico. *Ibíd.* Pág. 117.

²³ *Ibíd.* 118.

1.2 El Aborto Terapéutico.

El aborto terapéutico corresponderá a un tipo de aborto inducido, por medio del cual se busca la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal. Sin embargo definir lo que debe entenderse por aborto terapéutico es una cuestión bastante compleja. Se ha cuestionado incluso que la palabra “terapéutico” sea la indicada para referirse a abortos que obedecen a motivos de salud.

Uno de los problemas para definir el aborto terapéutico es que bajo esta denominación los distintos autores han considerado hipótesis diversas. Por ejemplo, bajo el término de aborto terapéutico se habla de:

- a) Casos en que el embarazo esté poniendo en peligro la vida de la madre.
- b) Casos en que embarazo agrava el pronóstico materno en casos de alguna enfermedad.
- c) Cualquier aborto provocado.
- d) Cualquier aborto provocado por un médico. Como los médicos realizan terapias, cualquier aborto realizado por un médico sería terapéutico²⁴.

Así las cosas, el aborto terapéutico es entendido por algunos como “la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la muerte”²⁵. Garrido Montt, por su parte, señala que los sistemas legales entienden por lo general como aborto terapéutico “aquel realizado con el consentimiento de la mujer, de acuerdo a los principios médicos, cuando aparece necesario para mantener su

²⁴ BESIO Rollero, Mauricio. “Consideraciones Éticas sobre el Aborto Terapéutico”. Boletín de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 27 (1): 34-37, 1998 [en línea]. Disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/Etica/ConsideracionesEticas.html>. Consultado el 2 de Diciembre de 2008.

²⁵ VALENZUELA, Carlos. “Aborto: Aborto Terapéutico y Ética Científica”. Colegio Médico de Chile [en línea]. Disponible en: www.scielo.cl. Consultado el 12 de Abril de 2009.

vida que por su embarazo está en peligro, y que algunos extienden también a la conservación de la salud psíquica o física”²⁶.

Consideraremos, para efectos de esta memoria, que el aborto terapéutico es aquella interrupción del embarazo realizada para resguardar la salud de la madre. Es preciso aclarar que al referirnos a la “salud”, entendemos por ella no únicamente la ausencia de enfermedad, ya que de acuerdo a lo previsto por la OMS, la salud será un estado de completo bienestar físico, mental y social²⁷. Por lo tanto, el aborto terapéutico será aquel que se realice con el fin de salvar la vida o la salud de la madre cuando ésta se vea amenazada producto del embarazo o de alguna enfermedad o patología cuya evolución se acelere como consecuencia del embarazo²⁸. También consideraremos como terapéutico el aborto realizado en casos de embarazos inviábiles, cuando el feto o embrión sea incompatible con la vida. Además, habrá aborto terapéutico cuando la salud psíquica de la mujer se vea afectada por enfermedades siquiátricas o psicológicas, o por otras circunstancias que puedan ocasionarle un daño grave, como por ejemplo, por el hecho que el embarazo sea producto de una violación.

Nuestra legislación contemplaba la existencia del aborto terapéutico, el cual estuvo permitido entre los años 1931 y 1989. El Código Sanitario en su artículo 119, autorizaba la realización de abortos terapéuticos en los siguientes términos:

²⁶ GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág. 118

²⁷ Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Preámbulo), adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Entró en vigor el 7 de abril de 1948 [en línea]. Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Consultado el 4 de Agosto de 2009.

²⁸ Es posible que la salud o la vida de la madre se vean afectadas (1) producto de la condición misma de embarazo o (2) producto de una patología que puede o no ser de origen fetal. Un ejemplo de lo primero son los embarazos ectópicos, en los cuales el embrión comienza a desarrollarse fuera del útero. Estos embarazos no pueden llegar a término sin producir un daño severo a la madre. Por otro lado, algunas patologías que pueden poner en riesgo la vida o salud de la madre son la eclampsia o enfermedades preexistentes de la madre, como insuficiencias cardíacas, renales, hepáticas, respiratorias, entre otras. VALENZUELA, Carlos. “Ética Científica del Aborto Terapéutico”. Revista Médica de Chile, 131 (5): 562-568, Mayo de 2003 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci_arttext. Consultado el 4 de Agosto de 2009.

“Artículo 119. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

Esta disposición fue modificada por la Ley N° 18.826, de 15 de Septiembre de 1989, siendo reemplazada por la siguiente:

“Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”

De esta manera se establece una prohibición absoluta del aborto en Chile, sin que se considere ningún tipo de excepción al respecto. Nuestra legislación en esta materia ha dado origen a numerosas recomendaciones por parte de organismos internacionales, que llaman a nuestro Estado a revisar y modificar esta legislación²⁹.

3. Derecho a la Integridad Personal.

El derecho a la integridad física y psíquica se encuentra consagrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una garantía constitucional en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, el cual señala que :

“La Constitución asegura a todas las personas:

1º. El derecho a la vida y a la integridad física y síquica.”

²⁹ Este tema será abordado más adelante, sin embargo cabe destacar que el Estado de Chile ha recibido recomendaciones para revisar la legislación y establecer excepciones a la prohibición general de todo aborto por parte del Comité de Derechos Humano, del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del Comité de Derechos del Niño, etc. Sobre este tema MATURANA Kesten, Camila. Derechos Sexuales y Reproductivos en Chile a diez años de El Cairo: Atenea. El monitoreo como practica ciudadana de las mujeres: monitoreo del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, CIPD'94. Santiago de Chile, Foro-Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos-Chile y RSMLAC. 2004. Pág. 97-102.

El derecho a la vida implica el derecho a la integridad física y síquica. El inciso final del artículo 19 N° 1 de la Constitución prohíbe, además, la aplicación de todo apremio ilegítimo, como lo serían tormentos físicos, apremios psicológicos, tortura de toda índole, malos tratos crueles de palabra o de obra que produzcan serios daños en el cuerpo o en la mente de la víctima³⁰.

Este derecho también goza de reconocimiento a nivel internacional: el artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos³¹ consagra el derecho a la integridad personal, el cual señala que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este artículo además prohíbe determinadas conductas, como lo son las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en el derecho internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados. Es a mediados de los años 60` cuando tienen origen tratados generales de derechos humanos, con lo cual este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional³².

La integridad física hace referencia a la plenitud corporal e implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo. Toda persona tendrá derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndolo o causándole dolor físico o daño a su salud³³. La integridad psíquica, por su parte, es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La inviolabilidad de la integridad psíquica se relaciona

³⁰ EVANS de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. Tomo I. Pág. 115.

³¹ Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica.

³² GUZMAN, José Miguel. "El Derecho a la Integridad Personal". En: Congreso Nacional de Derechos Humanos (1°, 2007, Santiago, Chile). Centro de Salud Mental y Derechos Humanos [en línea]. Disponible en: <http://www.cintras.org/textos/congresodh/elderechoalaintegridadjmg.pdf>. Consultado el 06 de Diciembre de 2008.

³³ *Ibíd.*

con el derecho a no ser obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad³⁴.

La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones y a la capacidad de la persona para mantener, desarrollar o modificar sus sentimientos y valores.

A partir del derecho a la integridad personal es posible formular una serie de otros derechos que han sido reconocidos a nivel internacional, como lo son el derecho a la salud, a recibir atención médica, el derecho a no ser sometido a torturas, a vivir dignamente, a disponer del propio cuerpo, etc. Hoy en día es posible afirmar que el derecho a la integridad personal abarca también el derecho a la integridad sexual. La Convención de Belém do Pará³⁵ ha ampliado sus artículos a fin de introducir el componente de integridad sexual. El artículo 2 de esta Convención señala que "se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica (...)". Además la Convención menciona en su artículo 4 que:

“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”

4. Derechos Sexuales y Reproductivos.

Históricamente la sexualidad y la reproducción han constituido ámbitos de dominación y de sometimiento para las mujeres, siendo la ausencia de control

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará”. Aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

sobre el propio cuerpo una de las claves de la dominación masculina³⁶. Es por ello que movimientos de mujeres y feministas han buscado la reivindicación de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, como una forma de recuperar la sexualidad y la reproducción como espacios de libertad. Este objetivo ha sido perseguido por medio de la positivización de los derechos asociados a este ámbito, los cuales han sido denominados derechos sexuales y reproductivos.

Se ha señalado que los derechos sexuales y reproductivos emanan de los derechos humanos ya reconocidos, ya que los tradicionales derechos a la igualdad, dignidad y libertad deben ser asegurados también en el ámbito de la sexualidad y reproducción. De esta manera la protección de derechos sexuales y reproductivos no sería más que una manera de asegurar el pleno ejercicio de derechos humanos por parte de todas las personas. Así, “el respeto por los derechos humanos sexuales y reproductivos es condición fundamental para el cumplimiento pleno e igualitario de los derechos humanos y libertades fundamentales”³⁷.

El tema de los derechos sexuales y reproductivos fue cobrando mayor importancia dentro de la segunda mitad del siglo XX, lo cual se ve reflejado en las conferencias e instrumentos internacionales que comienzan a recoger derechos relativos a la reproducción y sexualidad.

La Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, en 1968, fue el primer instrumento internacional en aproximarse a lo que serán los derechos sexuales y reproductivos, al reconocer el derecho de los padres a determinar libremente el número de sus hijos y el espaciamiento entre ellos³⁸.

³⁶ MATURANA Kesten, Camila .Op. cit. Pág. 9.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ El numeral 16 establece que “la comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”. Proclamación de Teherán, Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de Mayo de 1968.

Más tarde, en 1974, el Plan Mundial de Población, aprobado en Bucarest en la primera Conferencia Intergubernamental sobre Población, amplió el derecho reproductivo de determinar libremente el número de hijos a toda pareja o individuo³⁹, reconociéndose así la posibilidad de ejercitar este derecho fuera del ámbito estrictamente familiar, lo cual representa un gran avance en este sentido.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁴⁰, aprobada en 1979, es de gran relevancia puesto que consagra de forma explícita por primera vez en una Convención derechos relativos al ejercicio de la sexualidad y la reproducción. Esta Convención se refiere en su artículo 12.1 al derecho a acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres a los servicios de atención médica, incluyendo los que se refieren a la planificación familiar. Por otra parte, establece en su artículo 16.1 que:

“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.

³⁹ El principio letra f) señala que “toda pareja y todo individuo tiene el derecho fundamental de decidir libremente y con toda responsabilidad el número de hijos y cuándo nacen.” Plan Mundial de Población, aprobado por la primera Conferencia Intergubernamental sobre Población en Bucarest, 1974.

⁴⁰ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General en resolución 34/180 de 18 de Diciembre de 1979.

Por ultimo cabe destacar el gran avance alcanzado por el Programa de Acción del Cairo⁴¹, adoptado en 1994 con motivo de la realización de la V Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, donde se define el concepto de salud reproductiva y de derechos reproductivos. El Programa de Acción del Cairo señala en su párrafo 7.2 que:

*“La **salud reproductiva** es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Ello lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos. La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.”*

Luego señala en su párrafo 7.3:

*“Los **derechos reproductivos** abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de 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 decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios*

⁴¹ Programa de Acción sobre Población y Desarrollo, aprobado el 13 de Septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto.

para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios de los adolescentes con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable”.

Esto dice relación con que las personas sean capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura y tener la libertad de decir si quieren y cuándo tener hijos. Esto implica el derecho de hombres y mujeres a ser informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, efectivos, financiados y aceptables, de su propia elección, así como otros métodos de regulación de la fertilidad que no se opongan a la ley.

El concepto de derechos sexuales y reproductivos es un concepto relativamente reciente que se encuentra aún en evolución. Es posible definir los derechos humanos sexuales y reproductivos como aquellos derechos que permiten a todas las personas, sin discriminación ni bajo ninguna clase de violencia o coerción, ejercer plenamente su sexualidad como fuente de desarrollo personal y decidir autónomamente sobre su sexualidad y reproducción, contando para ello con la información, medios y servicios que así lo permiten⁴².

Estos derechos significan el reconocimiento y respeto de una esfera de la vida privada de las personas, las cuales podrán tomar las decisiones que estimen convenientes en temas como la sexualidad y reproducción. Estos derechos, además, implican la existencia de una serie de condiciones que hagan posible el

⁴² MATURANA Kesten, Camila. Op. cit. Pág. 10.

ejercicio de estos derechos, como por ejemplo el acceso a servicios de salud, a educación, el que se permita a las personas el acceso a la información, etc.

Capítulo II: Evolución Histórica del Aborto Terapéutico en la Legislación Chilena.

1. Código Penal.

La primera reglamentación que encontramos dentro de nuestro ordenamiento jurídico referente al tema del aborto es la contenida en el Código Penal, que comenzó a regir en 1874. El Código Penal tipificó el delito de aborto en sus artículos 343 a 345 incluyéndolo dentro de los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública. Dentro de estos artículos se distinguen diferentes figuras de aborto, pero si bien es posible afirmar que con estas se busca condenar las conductas que atenten contra la vida dependiente, también es posible señalar que ya en la Comisión Redactora del Código Penal “existió preocupación en orden a que algunas de ellas (conductas) debían quedar marginadas de sanción”⁴³. Prueba de lo anterior es la modificación de la voz “*de propósito*” del artículo 342, la cual fue remplazada por “*maliciosamente*”, ya que la primera expresión podía aplicarse a muchas personas que proceden de buena fe, como sería el caso del “médico que necesita causar el aborto y da remedios a fin de procurarlo, para salvar la vida de una enferma en peligro”⁴⁴. Esta idea de que podían existir situaciones excepcionales exceptuadas de la prohibición de causar un aborto fue compartida por la doctrina penal y médico-legal chilenas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX⁴⁵.

De acuerdo con lo señalado por Juana Sanhueza Romero, son estos antecedentes, unidos a la amplia justificante del artículo 10 N° 10 del Código⁴⁶, los

⁴³ SANHUEZA Romero, Juana. “Tratamiento Jurídico del Aborto Terapéutico: modificación introducida al artículo 119 del Código Sanitario”. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, LVIII (187): 27-33, En-Jun, 1990.

⁴⁴ Actas de la Comisión Redactora, Sesión 160. DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. Código Penal de la Republica de Chile; y, Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, Chile. Editorial Edeval, 1974. pág. 536.

⁴⁵ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. Revista de Derecho y Humanidades (10); 143-181, 2004.

⁴⁶ El artículo 10 N° 10 señala que: “Están exentos de responsabilidad criminal:

que nos permiten afirmar que “el aborto terapéutico fue concebido como acto legítimo aún antes de su regulación específica en las normas sanitarias”⁴⁷.

2. Código Sanitario de 1931 y Modificación del Año 1967.

En 1931, con el DFL N° 2.226 se aprueba el Código Sanitario, el cual establece, en su artículo 226, el aborto terapéutico. El artículo señalaba que:

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

Para proceder a estas intervenciones se requiere de la opinión documentada de tres facultativos.

Cuando no fuere posible proceder de la forma antedicha, por urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentara lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquel el testimonio correspondiente.”

En lo que respecta a la interrupción del embarazo por indicación terapéutica, si bien la norma requería la opinión documentada de tres facultativos, toma en cuenta la posibilidad que no se cuente con esta cantidad de facultativos en el lugar respectivo, o que debido a la urgencia de la situación sea necesario proceder de manera inmediata. En estos casos es un sólo médico quien documenta lo ejecutado y se solicita además la presencia de dos testigos.

El Código Sanitario fue modificado el año 1967, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva, por el Decreto N° 725, que aprobó el texto de un nuevo Código Sanitario, quedando reglamentado el aborto terapéutico en el artículo 119 de éste, el cual disponía:

^{10°} El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”

⁴⁷ SANHUEZA Romero, Juana. Op. cit.

“Sólo con fines terapéuticos de podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos.”

Esta modificación que flexibilizaba de cierta forma los requisitos para la realización de interrupciones del embarazo por indicación terapéutica, no estuvo exenta de controversias y suscitó una serie de discusiones dentro de la doctrina.

Por un lado, lo general de la disposición, la no especificación de causales, así como la falta de una definición clara de qué debía entenderse por “fines terapéuticos”, dividió las opiniones respecto de cómo debía interpretarse esta norma. Respecto de esto, existieron esencialmente dos posiciones en la doctrina:

1.- Interpretación Estricta: De acuerdo a esta posición no debía extenderse el sentido del art. 119 a la prevención de cualquier merma de la salud de la mujer embarazada. El médico sólo podría causar el aborto de manera justificada cuando ello fuera necesario para salvar la vida de la madre a través de la muerte del producto de la concepción⁴⁸.

2.- Interpretación Amplia: El aborto terapéutico debía resguardar la integridad física y síquica de la mujer, ampliándose el margen de apreciación de los facultativos.

En la práctica, las situaciones o causales específicas por las que se practicaron abortos terapéuticos durante este periodo, variaban de hospital en hospital. Así, en aquellos hospitales en que se sostuvo una interpretación estricta de la norma, el aborto terapéutico sólo procedía en casos de riesgo vital para la madre. Por otro lado, algunos hospitales adhirieron a la interpretación amplia de la norma y, en consecuencia, se agregaban a las razones médicas, otras de tipo cultural y social. Emblemático fue, en este sentido, el caso del Hospital Barros Luco.

⁴⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Pág. 105.

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 social⁴⁹ que alcanzaba tal gravedad que se le consideraba “una epidemia”⁵⁰, 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 hemorragias⁵¹. Frente a esta dramática situación, 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 prevención, el cual se amplió posteriormente⁵². A pesar de estos esfuerzos y de la importancia que tomaba dentro de nuestro país las políticas de planificación familiar⁵³, 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

⁴⁹ MAIRA Vargas, Gloria, SANTANA N., Paula y MOLINA S., Siomara. *Violencia Sexual y Aborto: Conexiones Necesarias*. Santiago de Chile. Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2008. Pág. 54.

⁵⁰ Así lo estimaba el Doctor Ramiro Molina, citado en LAGOS Lira, Claudia. *Aborto en Chile: el Deber de Parir*. Santiago de Chile. LOM Ediciones, 2001. Pág. 80.

⁵¹ MAIRA Vargas, Gloria, SANTANA N., Paula y MOLINA S., Siomara. *Op. Cit.* Pág. 58.

⁵² BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. *Op. Cit.* Pág. 184.

⁵³ En el año 1964 el gobierno de Eduardo Frei Montalva impulsó una política de planificación familiar, con el Programa de Salud Familiar y Regulación de los Nacimientos, el cual buscaba, entre otras cosas, bajar las tasas de mortalidad materna por aborto provocado y las demás consecuencias de estos procedimientos. LAGOS Lira, Claudia. *Op. Cit.* Pág. 81.

lógica era la interrupción segura del embarazo, a fin de no exponer a la mujer a los riesgos de un aborto clandestino⁵⁴. 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 legal⁵⁵. 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 mujeres⁵⁶. 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 intervención⁵⁷.

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 matrona⁵⁸ 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 anticonceptivos⁵⁹. Una vez aceptada la solicitud, la intervención era gratuita.

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 mensualmente pasaron a casi quinientas. Durante el año y medio que

⁵⁴ BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. Cit. Pág. 185.

⁵⁵ MAIRA Vargas, Gloria, SANTANA N., Paula y MOLINA S., Siomara. Op. Cit. Pág. 61.

⁵⁶ Íbidem.

⁵⁷ LAGOS Lira, Claudia. Op. Cit. Pág. 88

⁵⁸ Íbidem.

⁵⁹ MAIRA Vargas, Gloria, SANTANA N., Paula y MOLINA S., Siomara. Op. cit. Pág. 61.

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 causa⁶⁰.

En base a lo anterior, es posible considerar que la experiencia del Hospital Barros Luco, donde se realizó una interpretación amplia del artículo 119, fue exitosa, por cuanto ayudó a disminuir el número de muertes maternas producto de las complicaciones de abortos clandestino, así como otras complicaciones derivadas de ellos, de forma que sirvió para enfrentar el grave problema de salud pública que significaba, en ese momento, el aborto inducido.

Ahora, volviendo al análisis del artículo 119 del Código Sanitario y las discusiones que este desató dentro de la doctrina nacional, es posible señalar que otro punto de desacuerdo fue el fundamento jurídico del aborto por indicación terapéutica. Sobre este tema también es posible distinguir dos tesis:

1.- Consistiría en una situación especial de estado de necesidad: esta posición influida por la legislación extranjera, exigía que para su aplicación se cumplieran con los requisitos necesarios para la existencia del estado de estado de necesidad⁶¹. Esto significa, que para que existiera un aborto justificado, además de cumplirse con los requisitos del artículo 119 del código Sanitario, debía existir:

- a) Realidad o peligro inminente del mal que se teme.
- b) Que el mal que se teme sea mayor que el que se causa para evitarlo.
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

⁶⁰ BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. Cit. Pág. 185.

⁶¹ SANHUEZA Romero, Juana. Op. cit. Pág. 29.

Sin embargo, contrario a lo que sucede en otros países, en Chile el estado de necesidad tiene un ámbito de aplicación restringido. El estado de necesidad está regulado en el Código Penal chileno en el artículo 10 n° 7, dentro de las circunstancias eximentes de responsabilidad, y su aplicación se limita al daño en la propiedad ajena.

2.- Se trataría de un caso de ejercicio legítimo de la profesión médica: en este caso no sería necesario cumplir con los requisitos del estado de necesidad antes mencionados.

Bajo esta tesis, el sujeto activo quedaría limitado únicamente a un médico⁶², esto a pesar de que la ley no exigía expresamente que la interrupción del embarazo fuera realizado por un médico, sino que sólo la opinión de estos.

3. Historia de la Ley 18.826 de 1989.

La Ley 18.826, del año 1989, dictada durante el gobierno militar, elimina el aborto terapéutico, quedando absolutamente prohibido, tanto en la legislación penal como en la sanitaria.

El actual artículo 119 del Código Sanitario señala: *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”*.

3.1 Objetivos del Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo Relativo a la Protección de la Vida del que Está por Nacer”.

El proyecto de ley original tiene su origen en una Moción del Presidente de la Primera Comisión Legislativa, el Almirante Comandante en Jefe de la Armada y miembro de la Junta de Gobierno, José Merino Castro. Este proyecto, relativo a la protección de la vida del que está por nacer, buscaba la modificación del Código Penal y del Código Sanitario para conseguir una serie de objetivos:

⁶² *Ibíd.*

- a) Dar cumplimiento a la protección que otorga la Carta Fundamental a la vida del que está por nacer, modificando las disposiciones legales cuyo contenido se desea armonizar con dicha Carta.
- b) Equiparar las penas del delito de aborto con las del homicidio y el infanticidio, al estimarse que la vida intrauterina tiene el mismo rango y jerarquía que la vida del ya nacido.
- c) Ampliar al ámbito de punibilidad del delito de aborto, sancionando el cuasidelito de aborto si la infracción al deber de cuidado alcanzare el límite de la imprudencia temeraria.
- d) Aplicar una figura calificada o agravada a un grupo más extenso de personas vinculadas a la actividad médica.
- e) Reemplazar la actual disposición del Código Sanitario sobre el denominado “aborto terapéutico” por otra que exima de sanción sólo a aquellas situaciones en que se causa la interrupción del embarazo en forma indirecta e involuntaria, como un doble efecto de una acción médica necesaria desarrollada en la gestante enferma de gravedad⁶³.

El tema del aborto terapéutico no había sido una preocupación para el gobierno militar, lo cual queda demostrado con el hecho que el artículo 119 del Código Sanitario estuvo vigente durante prácticamente todo este gobierno, durante el cual se siguieron practicando interrupciones del embarazo. Fue únicamente tras perder el plebiscito del 5 de octubre de 1988, que este tema comenzó a preocupar al Almirante Merino, quien temía que sin los militares en el poder, vendría “una versión chilena del destape español”, por lo cual era necesario dejar resguardos para evitar este debacle moral que se aproximaba⁶⁴. Estos resguardos pasaban

⁶³ “Informa proyecto de ley que Modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que esta por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Pág. 391.

⁶⁴ LAGOS Lira, Claudia. Op. Cit. Pág. 25.

por prohibir en nuestro país todo tipo de aborto, incluyendo dentro de nuestra legislación incluso una figura de cuasidelito de aborto, y aumentando las penas para las mujeres y facultativos que los practicaran.

3.2 Estructura del Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo Relativo a la Protección de la Vida del que Está por Nacer”.

El proyecto de ley se estructuraba sobre dos artículos. El primero consistía en la modificación de los Art. 342 a 345 del Código Penal. Dentro de estas modificaciones se buscaba el aumento de las penas asignadas a las distintas figuras de aborto y la incorporación en el artículo 345 de una figura de “aborto culposo”. De acuerdo con esta modificación se sancionaría a *“el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen sancionado en los artículos 342 ó 344”*⁶⁵.

El segundo artículo sustituye el artículo 119 del Código Sanitario por uno estructurado sobre la base de tres incisos. En este nuevo artículo se proscibiría la interrupción del embarazo con fines terapéuticos y se incorporaría el principio ético del doble efecto⁶⁶, agregándose requisitos formales en cuanto a la certificación del carácter de enfermedad grave de la mujer⁶⁷.

La Moción señalaba, además, que el artículo 119 del Código Sanitario, en los términos en los que se encontraba redactado, era demasiado amplio y no consecuente con la garantía constitucional de protección de la vida del que está por nacer contenida en el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Por otro lado expresaba que el aborto terapéutico se encontraba en desuso producto

⁶⁵ BULLEMORE R. Vivian. “Informe de Derecho”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Pág. 232.

⁶⁶ Más adelante se verá más sobre este principio, por ahora podemos decir que este consiste en que “la actividad del médico debe orientarse a sanar a la mujer enferma y si por consecuencia se ocasiona la interrupción del embarazo, este efecto no es constitutivo de aborto”. *Ibíd.* Pág. 232.

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 230.

del avance científico, ello sin perjuicio de reconocer el caso de la muerte no deseada del ser en gestación causada indirectamente por una acción médica en la gestante enferma.

Para la creación del informe técnico de este proyecto de ley, el Almirante Merino solicitó al contralmirante y Auditor General de la Armada, Aldo Montagna y a dos capitanes de fragata, Rodolfo Camacho y Armando Sánchez, que trabajaran en su redacción. El Jefe de Gabinete de Merino, el señor Jorge Martínez Busch, solicitó la opinión de sólo dos personas para la elaboración del informe: la del sacerdote Bruno Rychlowski Palczynski y la de Juan Antonio Widow, académico de la Universidad de Negocios de Valparaíso⁶⁸. Con respecto a esto, llama poderosamente la atención que dentro de los creadores e impulsores de este proyecto no haya ningún médico, ningún abogado o jurista, o algún experto en temas de sexualidad o salud pública. En su lugar las personas involucradas en la creación de este informe son un sacerdote, un economista y algunos militares⁶⁹. Llama también la atención que todos ellos sean hombres cuando se trata de un tema que afecta a las mujeres: son ellas las que pueden quedar embarazadas y quienes eventualmente podrían requerir un aborto terapéutico. No tomar en consideración la opinión de las mujeres en una materia como esta, que las afecta de forma prácticamente exclusiva, no parece lógico desde ningún punto de vista.

3.3 La Argumentación sobre el Aborto Terapéutico Contendida en el Proyecto de Ley.

Al analizar la historia fidedigna de la Ley 18.826, que finalmente suprimió el aborto terapéutico, nos encontramos con que, durante su discusión, se solicitaron opiniones e informes a una serie de personas, dentro de las cuales se cuentan informes de expertos del mundo de la medicina, de algunos juristas, opiniones de sacerdotes y otras autoridades eclesiásticas, de algunos Ministerios, entre otros.

⁶⁸ LAGOS Lira, Claudia. Op. Cit. Pág. 26.

⁶⁹ Íbidem.

Al ver estas opiniones, es posible afirmar que existió una clara tendencia en cuanto a las personas e instituciones consultadas: se pidió en su mayoría, la opinión de representantes de la religión católica, llegando incluso a consultar a más obispos que expertos médicos⁷⁰. Además se prefirió consultar a médicos de la Universidad Católica.

A continuación expondremos algunas de las opiniones de las personas e instituciones consultadas, y los principales argumentos desarrollados por ellos respecto del tema del aborto terapéutico.

3.3.1 Opiniones de expertos médicos.

Dentro de los documentos e informes encontramos la opinión entregada por el doctor Alejandro Serani Melo, médico cirujano, Doctor en Filosofía y profesor de Ética Medica de la Universidad Católica de Chile. El doctor expresa, en primer lugar, que el médico tiene la obligación de proteger la vida del que está por nacer, como lo indica la Constitución en su artículo 19 N° 1. Luego, se refiere también a las circunstancias que a su juicio favorecen el aborto provocado, como la ignorancia, el castigo más severo que recibe el delito de infanticidio en relación con el de aborto, las uniones sexuales sin relaciones afectivas estables, etc. Estima que estas causas deben ser atacadas y se debe propiciar la paternidad responsable⁷¹.

En lo que toca a la legislación, propone la implantación de normas consecuentes, coherentes y operantes que no dificulten la aplicación de la ley. Expresa también que es necesario complementar con normas que castiguen el uso de tejidos fetales para la elaboración de productos cosméticos o alimenticios, pronunciarse

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 27.

⁷¹ Informe del Dr. Alejandro Serani Melo. *En*: “Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 246.

sobre la fecundación “in vitro”. Considera, además, que es necesario contemplar los delitos de aborto dentro del Título VIII sobre “Crímenes y Simples Delitos Contra las Personas”⁷², lo cual iría en concordancia con la idea de que el feto o embrión debe ser considerado como persona desde el momento de la concepción.

El doctor Serani estima que sólo es aceptable el aborto terapéutico indirecto, es decir, el que es consecuencia de la acción terapéutica sobre la madre, y si ella así lo decide.

Patricio Mena, ex jefe del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, concuerda con el doctor Serani en cuanto a que la acción denominada “aborto terapéutico indirecto” es una acción terapéutica que el médico puede lícitamente proponer y ejecutar, cuando las circunstancias desafortunadas en que se da se presenten⁷³. Comenta que la acción conocida como “aborto terapéutico directo por indicación materna” no sólo no es una acción específicamente médica, sino que además encuentra objeciones insalvables desde el punto de vista ético.

Tanto el doctor Serani como el doctor Mena se refieren en sus respectivos informes al “aborto indirecto”, es decir, aquel que se basa en la doctrina del “doble efecto”⁷⁴. De acuerdo con esta última, “si una acción tiene un buen y un mal efecto (en este caso salvar la vida de la madre pero provocar la muerte del feto), la acción no está prohibida siempre que no haya intención de hacer daño, aun cuando éste sea previsible [...] Aunque el resultado final sea la muerte del feto, la

⁷² *Ibíd.* Pág. 247.

⁷³ Informe del Dr. Patricio Mena. *En*: Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07, pág. 53.

⁷⁴ La doctrina del doble efecto, formulada originalmente por Tomás de Aquino, ha sido sustentada por el magisterio eclesiástico de la Iglesia Católica, la cual condena los abortos directos de forma categórica, no obstante acepta los indirectos para salvar la vida de la madre. Para la Iglesia Católica sólo existirían dos situaciones en que podría aplicarse la regla del doble efecto: (1) Caso de mujer embarazada con cáncer al cuello del útero que requiere la extirpación quirúrgica de éste para salvarla (2) Caso de mujer con embarazo ectópico que requiere de la extirpación de la trompa de Falopio, con el embrión en su interior, para salvar su vida. La Iglesia Católica no aceptaría, por otra parte, la eliminación directa y exclusiva del feto o embrión, como por ejemplo en el caso de una mujer que sufre una grave enfermedad cardíaca o una infección uterina, que podría matarla si no se interrumpe el embarazo. BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. *Op. Cit.* Pág. 110-111.

intención primaria de la intervención no es esa”⁷⁵. Este sería el caso de una mujer que presenta un tumor, el cual para ser eliminado requiere de la extracción del útero que está en gestación⁷⁶. En este caso, se producirá la muerte del feto, sin embargo será considerado un aborto terapéutico indirecto en la medida en que la intención del médico no sea provocar el aborto (que finalmente es inevitable), sino que curar a la mujer embarazada.

Estos profesionales también se refieren, a la “casi inexistencia” de la necesidad de recurrir al aborto terapéutico⁷⁷. En este mismo sentido se pronuncia el doctor Elías Jacob Helo⁷⁸ y el doctor Adriano Bompiani, Director del Instituto de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Católica de Roma. Este último considera que el progreso técnico de la Medicina, hace que cada día aún más improbable la aparición de tal eventualidad. Señala que la aprobación moral o legal del aborto terapéutico directo por indicación materna “ha sido, en todas partes, una puerta abierta, de hecho o de derecho, a la inclusión de numerosas otras situaciones supuestamente legitimantes del aborto terapéutico que se han ido alejando progresivamente de la situación original”⁷⁹.

Este argumento, que se refiere a que producto de los avances en la medicina ya no existen prácticamente situaciones en las que se requiera del aborto terapéutico para salvar la vida o salud de la madre, resulta curioso, puesto que son numerosos los expertos médicos que han señalado que existe un gran número de patologías que hacen necesaria esta intervención⁸⁰.

⁷⁵ Ibíd. Pág. 110.

⁷⁶ PRECHT Pizarro, Jorge. “Consideraciones Ético-Jurídicas sobre el Aborto Terapéutico”. Revista Chilena de Derecho, 19 (3): 509-525, 1992 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649706>. Consultado el 4 de Junio de 2009.

⁷⁷ Informe del Dr. Alejandro Serani Melo. Op. Cit. Pág. 248.

⁷⁸ Informe del Dr. Elías Jacob Helo. En: “Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que esta por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 252-253.

⁷⁹ Informe del Doctor doctor Elías Jacob Helo⁷⁹ y el doctor Adriano Bompiani. En: Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07, Pág. 76.

⁸⁰ Sobre este tema ver VALENZUELA, Carlos. Op. cit.

Cabe destacar también el informe del doctor Alejandro Pérez Sánchez, profesor titular de obstetricia y ginecología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dentro de éste, el doctor destaca la idea de que toda disposición legal debe proteger la vida del no nacido desde el momento mismo de la fecundación, y que por ello toda norma que vulnerara tal principio sería inconstitucional. Señala, además, el carácter ambiguo, anticuado e impreciso del antiguo artículo 119.

Por otra parte, el doctor Alejandro Pérez afirma en su informe que en la Maternidad de la Universidad Católica no se practicaba un aborto terapéutico desde del año 1960⁸¹. Esta última afirmación es tomada por Vivian Bullemore en su propio informe de derecho. Al respecto indica que si bien podía ser cierto que en dicho Hospital Clínico no se habían visto en años casos en que fuese necesario realizar un aborto terapéutico, no era menos cierto que una ley como la que se discutía, que buscaba reprimir excesivamente conductas médicas, no se podía fundar en la situación de un centro medico privilegiado, sino que debía hacerlo en las condiciones generales de salud de los establecimientos asistenciales del país⁸².

Los informes presentados por los doctores Ernesto Medina Lois (Director y profesor de la Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile), Ramiro Molina (profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile) y Elías Jacob Helo; señalaron que si bien el aborto terapéutico era raramente utilizado, debía mantenerse dentro de la legislación. Así, el doctor Molina señala que el aborto terapéutico está permitido mundialmente, en mayor o menor grado, siendo éste necesario en casos y circunstancias precisas, como las malformaciones congénitas o incompatibles con la vida del que nacerá, patologías graves de la madre o patologías producidas por

⁸¹ Informe del Dr. Alejandro Pérez Sánchez. En: “Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que esta por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 248.

⁸² BULLEMORE R., Vivian. Op. cit. Pág. 234.

el embarazo⁸³. Por otro lado estimaba que los requisitos para proceder con el aborto terapéutico debían ser: 1) La autorización de dos médicos, como mínimo; 2) El consentimiento de ambos padres; 3) Que existiera la posibilidad que el médico en cuestión se negará a ejecutar el aborto terapéutico⁸⁴.

Tanto el doctor Ernesto Medina Lois como el doctor Humberto Berg destacan la importancia de ofrecer a las mujeres sistemas eficaces, seguros y baratos de planificación familiar. Ambos coinciden en resaltar que el número de abortos, así como también las tasas de mortalidad infantil y de mortalidad materna por abortos bajó de manera ostensible desde el inicio, en el año 1965, de programas de planificación familiar, iniciados por el Servicio Nacional de Salud. Ambos doctores se refieren, en este sentido, al fondo del problema: es necesario buscar formas de prevenir y disminuir los abortos, lo cual se logra en parte a través de la educación en materia sexual y de la entrega de métodos anticonceptivos a las personas que los requieran. Así, el doctor Humberto Berg señala que los métodos de regulación de fecundidad deben ser seguros, gratuitos e informados, a solicitud de la mujer o la pareja; pues cerca del 90% de los embarazos no deseados terminan en abortos a pesar de las sanciones morales, religiosas y legales, siendo los métodos anticonceptivos los más seguros e inocuos.

El doctor Humberto Berg también se refiere en su informe al aborto como un tema de salud pública, y realiza un análisis respecto de los efectos de la penalización del aborto, incluidos los efectos que ésta tiene dentro de las familias de las mujeres que son sancionadas por esta causa. Al respecto indica que sólo es posible contabilizar aquellos abortos que llegan a los hospitales por complicaciones, siendo estos normalmente los abortos realizados en malas condiciones y que se han practicado mujeres de escasos recursos. Son ellas las que finalmente sufren las sanciones, puesto que las mujeres de mayores recursos

⁸³ Informe del Dr. Ramiro Molina. En: "Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que esta por nacer". Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 249.

⁸⁴ Íbidem.

pueden realizarse estas intervenciones en condiciones de asepsia y con profesionales, por lo que rara vez presentan complicaciones. Termina preguntándose si sería posible enjuiciar a las más de 30.000 mujeres que estima se someten a estos abortos anualmente, recluirlas en establecimientos penales y qué ocurriría con los demás hijos de estas mujeres, ya que de acuerdo a estadísticas, la mayoría de estas mujeres son casadas o convivientes estables.

Por su parte el Ministerio de Salud se hizo presente a través de su opinión respecto del proyecto de ley concordando con la idea de legislar. El Ministerio ya había presentado en el año 1986 una iniciativa legal tendiente a la derogación del artículo 119 del Código Sanitario. El Ministerio estima en su informe que sólo debía ser admisible el aborto que resultará de manera indirecta, aunque previsiblemente, de acciones médicas necesarias para el tratamiento de una enfermedad de la madre⁸⁵, concordando con lo que proponía originalmente el proyecto. El Ministerio además envía sugerencias respecto de las expresiones a usar en la redacción del nuevo artículo que sustituiría al 119⁸⁶.

3.3.2 Opiniones de expertos religiosos.

Durante la realización del proyecto se solicitó la opinión del sacerdote Bruno Rychlowsky P. quien declaró en su informe que la Iglesia Católica consideraba el aborto inducido como un crimen y el terapéutico como inmoral, ya que estando en juego la vida humana no procedería ocupar el principio del mal menor.

Es opinión de este sacerdote que los abortos terapéuticos, además de ser rarísimos, sólo sirven de pretexto para eliminar un embarazo no deseado⁸⁷. El

⁸⁵ Informe Ministro de Salud, En: Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07, Pág. 179.

⁸⁶ Sugiere redactar el artículo en los siguientes términos: “No comete injusticia (delito) el médico que por grave necesidad, en el curso del tratamiento de una enfermedad grave de una mujer gestante, provoca indirectamente con sus acciones médicas, la muerte del hijo, aún cuando ésta fuese previsible. Jamás le está permitido al médico interrumpir directamente el embarazo, aún con fines terapéuticos”. Ibíd. Pág. 81.

⁸⁷ Informe del sacerdote Bruno Rychlowsky P. En: “Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la

sacerdote no hace mayor referencia a lo que ocurre en las situaciones “rarísimas” en que el aborto terapéutico sí es necesario para salvar la vida de la madre.

Se solicitó también la opinión del sacerdote perteneciente a la Prelatura del Opus Dei, J. Miguel Ibáñez Langlois, quien participó en la Comisión Redactora de la Constitución Política en lo referido al artículo 19 N° 1, oportunidad en la cual propuso que a este artículo debía incorporar la frase “desde el momento mismo de su concepción”, dentro de la protección a la vida del que está por nacer.

En relación al aborto terapéutico, expresa en su informe que es partidario de suprimir la norma del Código Sanitario, ya que el aborto terapéutico es casi inexistente y por razones de orden moral⁸⁸. Al respecto señala que “la teología moral no permite plantear el problema en términos de un conflicto entre dos vidas, la de la madre y la del feto, pues eso lleva obvia y lógicamente a preferir la vida de la madre y por tanto, a legitimar el llamado aborto terapéutico. El dilema moral no es cuál de las dos vidas elegir, de la madre o el hijo, sino cuál acto realizar, el de quitar la vida al feto (un homicidio), o del no hacer nada al respecto, incluso si ese no hacer pudiera derivar en el deterioro de la salud de la madre o su eventual muerte. El aborto terapéutico es en sustancia un aborto (un matar directo), no importa con que fin se haga, pues el fin no justifica los medios”⁸⁹.

Durante la realización del proyecto se solicitaron principalmente informes de expertos religiosos miembro de la religión católica, considerándose especialmente ésta posición. Vivian Bullemore, Director del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, fue el único que destacó esta situación en su informe de derecho, en el cual afirmó que “resulta poco conveniente solicitar sólo

vida del que esta por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 249- 250.

⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 250

⁸⁹ Informe del sacerdote J. Miguel Ibáñez Langlois. *En*: “Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que esta por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 103-104.

opiniones de miembros de la religión católica, aun cuando sean sacerdotes de gran valer intelectual, puesto que de acuerdo a la actual Constitución en Chile existe una amplia libertad de cultos y no pueden aplicarse criterios católicos en un campo que no sólo afecta a católicos sino que a toda la comunidad⁹⁰”.

A pesar de esta marcada tendencia, se solicitaron algunas opiniones de miembros de otras religiones distintas de la católica, dentro de las cuales cabe destacar la entregada por el Presidente de la Iglesia Luterana en Chile, el doctor Julio Lajtonyi Gruber, a solicitud de la Segunda Comisión Legislativa. En su informe Lajtonyi realiza una reflexión teológica-ética, a modo de preámbulo, con el fin de fundamentar la posición ética que representa. La posición de la Iglesia Luterana respecto de aborto inducido es que éste jamás podrá ser considerado como algo bueno, pues el quinto mandamiento (“no matarás”), protege la vida humana y se extiende también a la vida fetal. Sin embargo, ante la pregunta de si existen casos en que el aborto debiera permitirse, estima que esto sólo podría darse en situaciones en que el aborto pudiera considerarse un mal menor. En tal caso podría hablarse de “indicaciones” determinadas⁹¹.

Julio Lajtonyi realiza una reflexión respecto de las “indicaciones sociales”, estimando que cabe al Estado y a las instituciones de carácter religioso, moral o filosófico disminuir o evitar los gravísimos conflictos de orden económico, social, moral o religioso que puedan atormentar a una mujer embarazada, y que si estas instituciones nada hacen en este sentido, entonces tampoco poseen ningún derecho moral para juzgar, condenar o castigar a una mujer que recurre al aborto⁹².

⁹⁰ BULLEMORE R., Vivian. Op. cit. Pág.233.

⁹¹ Respuesta a consultas formuladas, del doctor Julio Lajtonyi Gruber, Presidente de la Iglesia Luterana en Chile, 28 de Junio de 1989”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Pág. 305-306.

⁹² El Presidente de la Iglesia Luterana considera que algunas de las medidas que deben ser adoptadas por estas instituciones son: combatir la extrema pobreza, instruir en forma eficaz y con criterios amplios y racionales sobre la planificación familiar y métodos anticonceptivos, reducir y desmontar prejuicios sociales, otorgar subsidios, etc. Ibíd. Pág. 306.

En relaciona la “indicación médica”, que se produciría cuando la vida del feto entra en conflicto con la de la madre, sostiene que la posición de la Iglesia Católica-Romana, la cual estima que en esos casos lo que corresponde hacer es dejar morir a la madre junto con su hijo (ya que en ningún caso se debe intervenir en este proceso natural), debe ser tolerada y respetada como todas las posiciones religiosas o filosóficas. Sin embargo, y por esto mismo, ninguna posición religiosa ni filosófica debe ser obligatoria para todos. La postura de la Iglesia Luterana es que en estos casos, un mal y un pecado se cometerán de todas formas, ante lo cual sólo queda meditar sobre cual es el mal menor. Esta decisión pertenece a familia y ninguna institución ni eclesiástica ni estatal tiene derecho a prescribir la decisión que deban tomar. De esta forma, es opinión de esta iglesia que el médico debería gozar de impunidad penal para estos casos⁹³.

3.4 Trámite Legislativo.

La Comisión Conjunta, presidida por un representante de la Segunda Comisión Legislativa e integrada por representantes de las demás Comisiones, tras recibir las opiniones de sacerdotes, médicos e informes de derecho, rechazó la idea de legislar, por cuanto únicamente la Primera Comisión Legislativa, de donde nace la moción del Almirante José Toribio Merino, aceptó la misma.

La Primera Comisión Legislativa, aprobó la idea de legislar por diversas razones. En primer lugar consideró que la vida del que está por nacer, desde el momento de la concepción, tiene el mismo valor jurídico que la del ya nacido. Por este motivo no debería haber diferencias en cuanto a la protección de la vida de ambos. En este sentido, sostuvo que el perfeccionamiento de las normas vigentes era una de las medidas que se podían adoptar para proteger la vida del no nacido.

⁹³ *Ibíd.* Pág. 306-307.

La Comisión estimó que la normativa propuesta debía describir en que consiste la conducta abortiva, con el fin de definir desde cuando existe vida humana, es decir, desde que momento existe el sujeto pasivo. Señalaba que el no hacerlo podía significar el tener un tipo penal abierto entregado al criterio del juez, lo cual podía acarrear arbitrariedades. La definición de aborto, por otro lado, también permitiría, a juicio de la Primera Comisión, cerrar la posibilidad al uso de píldoras abortivas en Chile y al establecimiento de “sistemas de plazos o indicaciones”. Por último, consideró que con este proyecto se pondría fin al aborto terapéutico, porque “no es ni lícito ni jurídico matar un embrión, sin perjuicio que puedan existir factores atenuantes de culpabilidad”⁹⁴.

La Segunda Comisión Legislativa, cuyo presidente era el general Fernando Matthei, rechazó la idea de legislar por diversas razones. Entre ellas señaló, de manera bastante criteriosa, que la idea de aumentar las penas para los delitos de aborto no resolvería el problema, siendo necesario, antes de estudiar una penalidad distinta, investigar las razones que llevan a las mujeres a abortar.

Además, consideró que atendiendo a que a los tribunales sólo llegan los casos de abortos con complicaciones, los cuales se producen en mujeres de escasos recursos, sólo este segmento sería sancionado con mayores penas. En cuanto al aborto terapéutico, estimó que éste era prácticamente inexistente, por lo cual no considera necesario legislar sobre un problema que no existe. Estimó por último que era políticamente inconveniente legislar sobre el tema en ese momento⁹⁵.

La Tercera Comisión Legislativa rechazó de igual forma la idea de legislar, pero sugirió perfeccionar el artículo 119 del Código Sanitario, en lugar de eliminarlo. Para esta Comisión, el artículo debía perfeccionarse de manera que comprendiera la vida y la salud de la madre. Además sugiere estudiar la posibilidad de incluir

⁹⁴ Primera Comisión Legislativa. En: “Informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que esta por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Boletín N° 986-07. Pág. 255.

⁹⁵ Segunda Comisión Legislativa. Ibíd. Pág. 256-257.

otras indicaciones para dar salida a casos absolutamente excepcionales como lo es la violación de la madre⁹⁶. Así, esta Comisión plantea una idea totalmente distinta a la perseguida por la moción del Almirante Merino: es necesario legislar sobre este tema, pero no para prohibir de manera absoluta el aborto, sino que para ver la posibilidad de incluir otras indicaciones por las que procedería la interrupción del embarazo.

La Cuarta Comisión Legislativa también rechaza la idea de legislar y expresa que la tendencia mundial va hacia la despenalización de aborto. Es la opinión de esta Comisión que el aumentar la penalidad de los delitos de aborto sólo acarrearía una crítica internacional al Gobierno. Señala, además que las cifras sobre aborto han disminuido ante el perfeccionamiento y la difusión de anticonceptivos. Respecto del aborto terapéutico, consideró innecesario legislar puesto que señaló que éste había caído en desuso⁹⁷.

No obstante que tres de las cuatro Comisiones Legislativas se opusieron a la idea de legislar, el Almirante Merino, como Presidente de la Primera Comisión Legislativa, reformuló el planteamiento en apoyo a la moción, sosteniendo que no podía rechazarse en forma absoluta la idea de legislar sobre el proyecto. Dentro de las razones dadas para su insistencia destacó el hecho de que esa era “quizás la última oportunidad para legislar” sobre el tema, puesto que, como ya sabemos, el gobierno militar ya llegaba a su fin tras haber perdido el plebiscito de 1988. El Almirante Merino señaló también que el origen de la formación de la nacionalidad chilena se funda en los principios de la cultura cristiana occidental, que da al hombre y a la vida una connotación superior y que es uno de los principios que el gobierno militar más defendía⁹⁸.

⁹⁶ Tercera Comisión Legislativa. *Ibíd.* Pág. 258.

⁹⁷ Cuarta Comisión Legislativa. *Ibíd.* Pág. 259-260.

⁹⁸ “Informa proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer”. República de Chile, *Historia Fidedigna de la Ley 18.826*. Pág. 394.

Así mismo, sostuvo que si el aborto terapéutico no existía, el mantenerlo como lícito dentro de la legislación significaba dar una autorización en blanco para la comisión de actos criminales.

Ante esto, la Junta de Gobierno⁹⁹, en sesión legislativa de 8 de Abril de 1989, acordó devolver los antecedentes a la Comisión Conjunta a fin de que esta reestudiara la idea de legislar. Fue entonces que el Obispo de Rancagua, Juan Medina Estévez, decidió apoyar al Almirante enviando una carta dirigida a los miembros de la Junta de Gobierno. En ella, el Obispo sugiere que la iniciativa legislativa se concentre en la derogación del artículo 1119, como forma de zanjar el desacuerdo. En su carta, el Obispo argumenta que el aborto terapéutico se encuentra en desuso y que los casos excepcionales pueden ser resueltos conforme a la doctrina del doble efecto, única alternativa lícita admitida por la Iglesia Católica. En este sentido expresa que el aborto terapéutico directo, que se busca suprimir, “contradice la moral católica”¹⁰⁰.

Fue así como la Comisión Conjunta, en atención a que el Presidente de la Primera Comisión Legislativa retiró, en el nuevo estudio del proyecto, las proposiciones destinadas a la modificación del Código Penal en lo relativo al aumento de la penalidad del aborto y, considerando la casi inaplicabilidad del aborto terapéutico, aprobó la idea de legislar proponiendo un texto sustitutivo que simplemente suprimía el aborto terapéutico¹⁰¹.

Esto se acordó considerando las opiniones de diversos expertos, las cuales señalaban que debido a los adelantos tecnológicos en el campo de la medicina, era muy poco probable la existencia de una contraposición entre las vidas de la madre y del feto. De esta forma, el artículo 119 sería reemplazado por otro que

⁹⁹ La Junta de Gobierno estaba conformada por: Augusto Pinochet Ugarte, Capitán General, Presidente de la República; José T. Merino Castro, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada; Fernando Matthei Aubel, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea; Rodolfo Stange Oelckers, General Director de Carabineros y Santiago Sinclair Oyaneder, Teniente General de Ejército.

¹⁰⁰ BASCUNÁN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág. 154.

¹⁰¹ “Informa proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Sanitario en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer”. Republica de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826. Pág. 395.

estableciera que *“no podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar un aborto”*. Esta proposición fue sometida a la consideración de la Junta de Gobierno con fecha 17 de Agosto de 1989, donde se acordó devolver el proyecto a la Comisión Conjunta para su reestudio.

Finalmente la Comisión Conjunta emitió un Segundo Informe Complementario, con fecha 21 de Agosto del mismo año, en el cual nuevamente concluyó que era necesario mantener dentro del Código Sanitario una norma que contemplara el aborto terapéutico para casos excepcionalísimos. Sin embargo, con el fin de precisar aun más la norma, se modificó su redacción. Se estimó que la expresión *“acción directa”* podía prestarse para equívocos. En cambio la palabra *“fin”*, entendida como “el objetivo o motivo con que se ejecuta una cosa”, permitía mayor objetividad. De esta forma el nuevo texto de la norma que se sometió a la consideración de la Junta de Gobierno señalaba: *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”*¹⁰². Este texto fue aprobado por la Junta de Gobierno en sesión legislativa de 22 de Agosto de 1989 y promulgado el 24 de Agosto del mismo año.

4. Proyectos de Ley Relacionados con el Aborto Terapéutico.

En nuestro país se han presentado una serie de proyectos de ley, desde el año 1991 y hasta la fecha, que han buscado modificar nuestra legislación en lo que respecta a la regulación del aborto. Algunos de estos proyectos han buscado la reposición del antiguo artículo 119 del Código Sanitario tal como estaba redactado hasta antes de la Ley N° 18.826, mientras que otros han propuesto introducir cambios en la legislación para que ésta contemple un sistema de indicaciones en materia de aborto, dentro de las cuales se busca incluir las indicaciones eugenésica y ética o sentimental, además de la indicación terapéutica. Por otro lado, algunos de estos proyectos buscan restringir aun más la legislación en

¹⁰² Íbidem.

materia de aborto, proponiendo reformas orientadas a asegurar que el aborto terapéutico no sea repuesto en nuestro ordenamiento.

A continuación haremos una breve exposición de algunos de estos proyectos de ley.

4.1 Proyectos de Ley Tendientes a Fortalecer la Prohibición del Aborto Terapéutico.

En Marzo del año 2006 fueron presentados dos proyectos de ley los cuales buscan dificultar una eventual despenalización del aborto. El primero de estos proyectos¹⁰³ fue presentado el 22 de Marzo a la Cámara de Diputados y su objetivo era 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. Este proyecto se fundamentaría en la idea de fortalecer la protección de la vida del que está por nacer dentro de nuestra legislación, para lo cual, a juicios de los parlamentarios autores del proyecto, se hace necesario que el delito de aborto sea regulable sólo a través de una reforma constitucional y no a través de una ley simple. El proyecto de ley hace mención del artículo 1 de la Constitución, el cual reconoce el derecho a la vida de todas las personas, siendo este artículo el que fundamenta la existencia del delito de aborto. Este proyecto, presentado por los diputados Barros, Forni, Hernández, Lobos, Nogueira, Norambuena, Salaberry, Turres y Ward, se encuentra actualmente archivado.

Un segundo proyecto¹⁰⁴, de los mismos autores, con igual motivación y fundamento fue ingresado en igual fecha, con la única diferencia que este segundo proyecto busca una reforma constitucional con el fin de elevar el quórum para la despenalización del aborto. Este proyecto propone insertar un tercer inciso

¹⁰³ Proyecto de ley: “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”. Fecha de ingreso: 22/03/2006. N° de Boletín 4122-07.

¹⁰⁴ Proyecto de ley: “Reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto”. Fecha de ingreso: 22/03/2006. N° de Boletín 4121-07.

en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, el cual quedaría redactado de la siguiente forma:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

Sólo con el voto favorable de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio se podrá derogar el delito de aborto”.

Otro proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados, con fecha 22 de Agosto del año 2006, por los diputados Chahuán y Sepúlveda propone la reforma del artículo 119 del Código Sanitario y del artículo 345 del Código Penal, con el objeto de precisar las conductas penadas en relación al delito de aborto. Este proyecto se fundamenta en la necesidad de precisar algunos conceptos dentro de la legislación, en relación con las conductas constitutivas de aborto, “a fin de evitar cualquier interpretación errónea que impida el resguardar debidamente el bien jurídico cautelado por nuestra legislación en esta materia¹⁰⁵”. Al respecto señala que la consagración del derecho a la vida y el reconocimiento del niño que está por nacer como persona humana ha sido un avance dentro de la institucionalidad jurídica de nuestro país. Señala además que las pretensiones de restablecer el aborto terapéutico dentro de nuestra legislación no pueden ser aceptadas, puesto que esta figura constituye una “conducta delictiva y dolosa en contra de la vida de un niño en gestación, pretendiendo justificar tal acción en que la situación de embarazo sería riesgosa para al vida o salud de la madre¹⁰⁶”. Para los autores de este proyecto el aborto terapéutico contravendría la Constitución, puesto que negaría esta condición de persona al que está por nacer subordinando sus derechos a los de la madre.

¹⁰⁵ Proyecto de ley: “Modifica disposiciones que indica del Código Penal y del Código Sanitario, con el fin de precisar las conductas penadas en relación con el delito de aborto”. Fecha de ingreso: 22/08/2006. N° de Boletín 4447-11. Pág. 2.

¹⁰⁶ Íbidem.

Es por esto que estiman que el artículo 119 del Código Sanitario debe ser reformado para establecer que no podrán efectuarse procedimientos quirúrgicos ni clínicos, tratamientos, terapias u otros que tengan por objeto provocar un aborto. Proponen la siguiente redacción del artículo 119:

“No podrá efectuarse ningún procedimiento quirúrgico o clínico, tratamiento, terapia o prescripción de medicamentos o fármacos que tengan por objeto provocar un aborto.”

Por su parte, la reforma del artículo 345 del Código Penal busca considerar como sujetos activos del tipo ahí descrito al facultativo o matrona que, abusando de su profesión, causen el aborto. Se propone la siguiente redacción:

“El facultativo o matrona que, abusando de su profesión, causare el aborto o cooperare a él, mediante procedimientos quirúrgicos o clínicos, tratamientos, terapias o prescripción de medicamentos o fármacos, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.”

Por último el proyecto señala que este cambio ayudará a que matronas y facultativos “tengan plena conciencia acerca de cuales son las conductas que, en el ejercicio de su profesión, se encuentra vedadas, por contravenir los principios de protección a la vida e integridad física, consagradas en nuestra Constitución Política¹⁰⁷”.

Este proyecto se encuentra actualmente en primer trámite constitucional, sin urgencia.

4.2. Proyectos de Ley que Buscan la Despenalización Parcial del Aborto.

¹⁰⁷ Íbidem.

Desde la entrada en vigencia dentro de nuestro ordenamiento la Ley N° 18.826, que prohibió de manera absoluta el aborto en Chile, se han presentado diversos proyectos de ley que han buscado la restitución del modificado artículo 119 del Código Sanitario. Dentro de estos proyectos encontramos el presentado con fecha 23 de Enero de 2003 por los diputados Accorsi, Allende, Girardi, Ibáñez, Jarpa, Longton, Muñoz, Palma, Rossi y Saa. Este proyecto¹⁰⁸ busca básicamente la reposición del antiguo artículo 119, redactado en los mismos términos en los que se encontraba hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.826, señalando que sólo con fines terapéuticos podrá interrumpirse el embarazo y que para proceder a dicha intervención será necesaria la opinión documentada de dos médicos cirujanos.

Este proyecto recoge diversos argumentos para fundamentar la reincorporación del aborto terapéutico en nuestra legislación.

- a) En primer lugar, se refiere a las graves consecuencias psicosociales para la familia y los hijos que acarrea la pérdida de la vida o salud de la madre, poniendo especial énfasis en lo que ocurre en caso de hijos pequeños que ante la ausencia de la madre se ven abandonados. Esta es la situación que potencialmente se da en casos en que la mujer, cuya vida o salud peligra debido al embarazo, no puede realizarse el aborto terapéutico que requiere por estar éste prohibido, con los nefastos resultados que ello implica.
- b) El proyecto también utiliza argumentos relacionados con la salud, para fundamentar la introducción del embarazo terapéutico. En este sentido se refiere a la existencia de patologías que, en opinión de especialistas prestigiados de la comunidad médica, ameritan la interrupción del embarazo. Asimismo, el proyecto hace referencia a la Declaración de Oslo, adoptada por la 24^a Asamblea Medica Mundial, la cual plantea, entre otras

¹⁰⁸ Proyecto de ley: “Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico”. Fecha de ingreso: 23/01/2003. N° de Boletín 3197-11.

cosas, que el aborto terapéutico es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada. De este modo si un médico estima que sus convicciones no le permiten practicar o aconsejar un aborto, no está obligado a hacerlo.

El Colegio Médico de Chile, en su antiguo Código de Ética, artículo 26¹⁰⁹, se refería al aborto terapéutico señalando que éste procedía en la medida en que se dieran los requisitos que allí se enumeraban.

- c) El proyecto se refiere a la situación del aborto en el resto del mundo, destacando que la prohibición absoluta del aborto en nuestro país es absolutamente excepcional, y convierte a Chile en uno de los pocos países a nivel mundial que no permiten el aborto ni siquiera para salvar la vida de la madre. Destaca, además, el hecho que en países desarrollados y tradicionalmente católicos, como lo son España y Portugal, el aborto terapéutico está permitido en sentido amplio.
- d) El proyecto recoge el argumento mayoritarista¹¹⁰, señalando que la opinión casi unánime de la población chilena, vertida en diversas encuestas, es que el aborto debe tipificarse dentro de la legislación, pero que debe permitirse la interrupción del embarazo en situaciones excepcionales, como por ejemplo, ante el riesgo para la vida o salud de la madre.

¹⁰⁹ El nuevo Código de Ética Médica de 14 de diciembre de 2004, ya no contempla esta disposición, la cual correspondía al Código de Ética Médica de 1983. En nuevo Código contiene los siguientes artículos:

Artículo 8. “El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico. Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo”.

Artículo 9. “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”.

El Código de Ética Médica se encuentra disponible en la página web del Colegio Médico de Chile, en: http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/090305codigo_etica.pdf. Consultado el 6 de Julio de 2009.

¹¹⁰ Este argumento vincula la discusión sobre el aborto con los ánimos sociales a favor o en contra del mismo. FERNÁNDEZ V., Mariano. “Estado de la discusión en materia de aborto. La regla de penalización como un problema grave para las mujeres”. En: Proyecto de investigación: “Incorporación de perspectiva de género al NCP”. Dirigido por Myrna Villegas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, financiado por Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), Santiago, 2007. Pág. 3.

e) Por último, se señala que este proyecto es coherente con nuestro ordenamiento jurídico, el cual consagra derechos, como lo son el derecho a la vida y la integridad física y síquica, pero también establece excepciones y salvedades en esta materia. Se destaca también el hecho que el artículo 119 del Código Sanitario que establecía el aborto terapéutico, nunca fue objetado constitucionalmente durante la vigencia de la Constitución de 1925, ni durante los ocho años en que estuvo vigente el actual texto constitucional. Señala que no es posible encontrar en la historia de la ley que prohibió el aborto terapéutico las consideraciones que el legislador de la época tuvo para sustituir el artículo 119 por el actual.

Existe otro proyecto¹¹¹, actualmente en tramitación, que tiene el mismo objetivo que el proyecto recién señalado, esto es, la reposición del antiguo artículo 119 del Código Sanitario, redactado de igual forma. Este proyecto, ingresado en Marzo de esta año fue presentado por los diputados De Urresti, Escobar, Espinosa, Farias, Jiménez, Monsalve, Núñez, Quintana, Rossi y Sule.

Encontramos, también, un proyecto de ley¹¹² del año 2007, que busca modificar los artículos 345 del Código Penal y el artículo 119 del Código Sanitario, con el objetivo de incorporar el aborto terapéutico para aquellos casos en que exista peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud. Este proyecto, presentado por los diputados Alinco, Enríquez-Ominami, Espinosa, Girardi, Pacheco, Robles y Sule, propone agregar el siguiente inciso segundo al artículo 345 del Código Penal:

“El aborto practicado por un médico cirujano con especialidad en Gineco-Obstetricia y con el consentimiento de la mujer, no será punible:

¹¹¹ Proyecto de ley: “Modifica el artículo 119 del Código Sanitario para permitir la interrupción médica del embarazo en caso de riesgo para la madre”. Fecha de ingreso: 19/03/2009. N° de Boletín 6420-11.

¹¹² Proyecto de ley: “Protege la vida de la mujer ante interrupciones de embarazos en casos que indica”. Fecha de ingreso: 18/01/2007. N° de Boletín 4845-11.

Si se ha realizado cuando exista un peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud y se efectúe con posterioridad a la opinión fundada de tres médicos cirujanos especialistas en Gineco-Obstetricia; Si se tratare de una menor o incapaz, será necesario el consentimiento de consuno con su representante legal”.

El artículo 119 del Código Sanitario sería modificado, por su parte, para incluir la frase *“sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 345 del Código Penal”.*

Este proyecto señala, dentro de sus fundamentos, una serie de argumentos para establecer un régimen que autorice la interrupción voluntaria del embarazo por medio de un sistema de indicaciones. Dentro de ellos se destaca el hecho que la prohibición absoluta del aborto atenta contra el derecho a la vida independiente de la mujer, la cual puede verse incluso expuesta a riesgo vital en caso de no poder interrumpir su embarazo.

El proyecto se refiere a la regulación Constitución indicando que para poder determinar el verdadero sentido y alcance del artículo 19 N° 1 inciso segundo (que señala que la ley protege la vida del que está por nacer), es preciso recurrir al espíritu de la ley que se manifestaría en su historia fidedigna. Señala el proyecto que de la revisión de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución es posible concluir que la protección de la vida del que está por nacer, establecida en la Constitución, admite excepciones y que es precisamente el legislador quien tiene el mandato expreso del constituyente de regular estas situaciones. De acuerdo con este argumento, entonces, no habría un obstáculo en el texto constitucional para despenalizar ciertas hipótesis de aborto, sino que por el contrario, un mandato expreso al legislador para que él establezca estas situaciones.

En este proyecto también se refiere a los derechos de las mujeres que son vulnerados producto de la actual legislación, como por ejemplo, el derecho a la salud. Para ello, destaca las numerosas recomendaciones que ha recibido el Estado de Chile por parte de diversos Comités de Naciones Unidas en orden a que revise su legislación para permitir la realización de abortos en determinadas circunstancias, como la protección de la vida y la salud de las mujeres, incluida la salud mental. Estos organismos han manifestado su preocupación ante la grave vulneración a los derechos humanos de las mujeres chilenas que implica esta prohibición absoluta. Además, han exhortado a nuestro país a que modifique la legislación vigente para eliminar las normas que imponen la denuncia de las mujeres que solicitan atención médica por las complicaciones derivadas de abortos. Al respecto, estos Comités, dentro de los cuales se cita al Comité de Naciones Unidas, el Comité Contra la Tortura y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han indicado que es necesario garantizar la confidencialidad de la atención médica, así como el tratamiento médico inmediato y sin condiciones a quienes lo requieran con emergencia. El proyecto señala que todas estas recomendaciones han sido desoídas por nuestro Estado, a pesar de que como consecuencia de esta penalización absoluta muchas mujeres mueren producto de los abortos inseguros.

Algunos de los proyectos presentados han ido un poco más allá, proponiendo no sólo la reincorporación del aborto terapéutico, sino que también la necesidad de despenalizar parcialmente el aborto con la introducción de otras indicaciones, además de la terapéutica, dentro de la legislación. Uno de estos proyectos es el presentado el año 2006 por el diputado Nelson Ávila. Este proyecto¹¹³ busca agregar un inciso segundo al artículo 345 del Código Penal, el cual dispondría:

“El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no será punible:

¹¹³ Proyecto de ley: “Sobre interrupción del embarazo”. Fecha de ingreso: 19/12/2006. N° de Boletín 4751-11.

a) Si se ha realizado cuando exista un peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud o el feto presente malformaciones incompatibles con la vida y se efectúe según lo dispuesto por el Código Sanitario;

b) Si el embarazo proviene de una violación.

Si se tratare de una menor o incapaz, será necesario el consentimiento de consuno con su representante legal’.

Este proyecto busca permitir el aborto por indicación terapéutica cuando exista un peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud, sin especificar si por “salud” debe entenderse únicamente la salud física o si también debe comprenderse la síquica dentro de este concepto. Por otra parte, en la letra a), se señala que el aborto tampoco sería punible si el feto presentara malformaciones incompatibles con la vida. La letra b) del propuesto artículo 345 recoge la llamada indicación ética o sentimental, permitiendo el aborto cuando este sea producto de una violación. Respecto de esto último, cabe recordar que muchos de los países que incluyen esta indicación dentro de sus ordenamientos, no la restringen únicamente al embarazo producto de violación sino que incluyen dentro de esta hipótesis los casos de incesto, de inseminación artificial no consentida y otras similares, a fin de hacer más completa la indicación.

El proyecto también busca agregar un inciso segundo al actual artículo 119 del Código Sanitario, el cual dispondría:

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de tres médicos cirujanos especialistas en Gineco-Obstreticia.”

Esto vendría a complementar al nuevo artículo 345 del Código Penal, estableciendo como requisito para la realización de estas intervenciones la opinión documentada de los tres médicos especialistas.

Siguiendo esta misma línea, fue presentado, por los diputados Girardi y Ominami, un proyecto de ley¹¹⁴ que busca permitir la interrupción del embarazo en tres casos. Este proyecto, de Julio del año 2009, propone reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

“Sólo con los fines terapéuticos, eugenésicos o ético-sociales que a continuación se expresan se podrá interrumpir un embarazo.

En caso en que este 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.

Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación.

En este último caso, la interrupción del embarazo sólo podrá practicarse dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

En todos los casos, se requerirá el consentimiento de la madre, la intervención de un médico-cirujano y la opinión documentada de otros dos médicos-cirujanos.”

Este proyecto de ley busca establecer en Chile un sistema de indicaciones, de acuerdo con el cual estará permitida la interrupción del embarazo en tres circunstancias:

- a) Indicación terapéutica: en caso que este en riesgo la vida de la madre y no existan otros medios para evitar ese riesgo. El proyecto señala que esta

¹¹⁴ Proyecto de ley: “Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario, señalando los casos en los cuales se podrá interrumpir el embarazo”. Fecha de ingreso: 03/07/2009. N° de Boletín: 6591-11.

indicación cuenta con la aceptación de la doctrina comparada, siendo su problema la definición de sus límites y alcances.

- b) Indicación eugenésica (también llamada “embriopática”): cuando el feto presente o se establezca clínicamente que presentara graves taras o malformaciones físicas o síquicas.

- c) Indicación ética o sentimental: cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación. En este caso el mismo artículo establece un plazo para la interrupción del embarazo, señalando que ésta sólo podrá practicarse dentro de las 12 primeras semanas de gestación. El proyecto señala en su fundamentación que se ha combinado esta indicación con este plazo, que es el establecido usualmente en derecho comparado, puesto que se estima que una vez transcurrido éste el producto de la concepción pasa a adoptar la condición de feto, considerado el bien jurídico protegido por el delito de aborto.

El artículo propuesto establece requisitos comunes para estas indicaciones, señalando en su inciso final que la interrupción del embarazo deberá realizarse con el consentimiento de la mujer, con la intervención de un médico cirujano y además con la opinión documentada de otros dos médicos cirujanos.

Por último, este proyecto de ley también contempla la modificación de los artículos 342 N° 3, 344 y 345 del Código Penal, a fin de armonizarlos con este nuevo artículo 119, intercalando cuando corresponda la frase "fuera de los casos permitidos por la ley"¹¹⁵.

¹¹⁵ Íbidem.

Capítulo III: El Aborto Terapéutico en el Derecho Comparado.

El aborto, por sus especiales características, tiene un tratamiento legal muy dispar en los distintos países del mundo. Como delito, el aborto se aparta de los delitos clásicos, respecto de los cuales existe una gran claridad en cuanto a que se trata de conductas merecedoras de una sanción penal. Los delitos de homicidio o robo, son tratados de maneras muy similares por las legislaciones de distintos países, sin embargo cuando se trata de aborto, nos encontramos con una valoración legal y penal radicalmente distinta según el país en el que nos encontremos¹¹⁶. En algunos países, como el nuestro, el aborto constituye un delito y se encuentra absolutamente prohibido, bajo toda circunstancia, mientras en otros el aborto no constituirá delito a única condición de que se practique dentro de un límite de tiempo.

Existen principalmente dos sistemas distintos de despenalización del aborto: el sistema de indicaciones y el sistema de plazos. Estos dos sistemas no son excluyentes, de manera que existe un buen número de países que ha incorporado ambos dentro de su legislación. El sistema de indicaciones hace procedente la interrupción del embarazo cuando se presente alguna de las causales o indicaciones previstas por la ley. Así, las legislaciones que recogen este sistema consideran, por regla general, en primer lugar, la indicación terapéutica o médica, la cual autorizará la práctica del aborto cuando exista un riesgo para la vida o salud de la madre. Otras indicaciones son la eugenésica o embriopática, que se refiere a la autorización de interrupción del embarazo cuando se establece que el feto nacerá con graves problemas físicos o síquicos; la indicación ético-jurídica, cuando el embarazo sea producto de una violación o incesto; y la indicación social, cuando en atención a las condiciones de vida de la madre se estima que el nacimiento de un hijo será una carga demasiado dura de soportar.

¹¹⁶ IBAÑEZ y García-Velasco, José Luís. La Despenalización del Aborto Voluntario en el Ocaso del Siglo XX. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1992. Pág. 43.

El sistema de plazos, por su parte, permite la interrupción del embarazo a petición de la mujer embarazada, siempre que dicha interrupción se realice dentro de un plazo fijado legalmente.

A continuación expondremos como se ha regulado el aborto en algunos países de América Latina y Europa, agrupándolos según si estos han recogido un sistema de indicaciones o de plazos en materia de aborto.

1. Sistema de Indicaciones.

1.1 Argentina.

En Argentina, como regla general, el aborto se encuentra criminalizado y sólo en ciertos casos la ley lo considera no punible. Es posible afirmar que existe en este país un sistema de indicaciones puro, sin límites de plazos, lo que significa que, en los casos permitidos, el aborto puede realizarse en cualquier momento del embarazo¹¹⁷.

El delito de aborto se encuentra tipificado dentro del Código Penal argentino, donde es tratado en el Libro Segundo, Título I. Delitos Contra las Personas, Capítulo I de "Delitos contra la vida", en los artículos 85 a 88. El articulado del delito de aborto es el original del Código de 1922, excepto por el artículo 86, el cual ha tenido desde entonces 4 reformas en su redacción, la última de las cuales data de 1984¹¹⁸. Estos artículos hacen referencia a una serie de figuras de aborto, a saber: a) El aborto causado por terceros sin consentimiento de la mujer y el aborto causado por terceros con el consentimiento de la mujer (al cual va aparejada una pena inferior), ambos con la agravante común consistente en que si el hecho fuese seguido por la muerte de la mujer, la pena se elevará; b) El aborto profesional tanto punible como impune; c) El aborto preterintencional, para quien

¹¹⁷ FIGARI, Rubén y BAILONE, Matías. El Aborto y la Cuestión Penal: Art. 85 a 88 Código Penal. Córdoba, Argentina. Editorial Mediterránea, 2006. Pág. 101

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág. 166.

con violencia cause un aborto sin haber tenido ese propósito, si el estado de embarazo fuese notorio o le constare; d) El autoaborto, es decir, aquel que es causado por la propia mujer o con el consentimiento de ésta para que otro se lo cause.

Además, el Código Penal Argentino contempla dentro de estos artículos los casos en que el aborto no será punible. Estos casos se encuentran descritos en el artículo 86, que prevé el aborto profesional, el cual dispone:

“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;*
- 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”*

El artículo 86, en su segunda parte se refiere a los tipos no penados de aborto: el aborto terapéutico o necesario, el aborto eugenésico y el aborto sentimental. La ley exige en ambos casos que el aborto sea practicado por un médico diplomado, es decir, por un médico que ha obtenido el título que lo habilita a actuar como tal; y que la mujer encinta dé su consentimiento. La jurisprudencia argentina, por su

parte, ha resuelto que no es necesaria una autorización judicial¹¹⁹ como requisito para proceder a la práctica del aborto en los supuestos no punibles establecidos en este artículo.

El aborto terapéutico, dentro de esta legislación, se practica para evitar un riesgo para la vida o la salud de la madre, sin hacer distinciones respecto de si se encuentra comprendido dentro de “salud” tanto la salud física como psíquica o sólo la primera. Se exige, además, que este peligro sea inevitable por otros medios, de lo cual se sigue que el daño que se busca evitar debe ser de una determinada importancia y gravedad. La ley no incluye un catálogo ni enumera enfermedades o aflicciones que autoricen a realizar un aborto terapéutico, ello en atención a lo complicado que ello podría resultar tomando en cuenta que existen circunstancias que podrían hacer procedente el aborto terapéutico en un caso concreto, para una mujer en específico en determinada situación y no para otra distinta en la misma situación (vg. una determinada enfermedad puede no hacer recomendable el aborto en una mujer joven, pero si en una de más de cuarenta años¹²⁰).

Existe discusión dentro de la doctrina respecto de la existencia del aborto sentimental como figura de aborto no punible dentro de la legislación argentina¹²¹. Para algunos sectores el artículo 86 n° 2 declara no punible únicamente el aborto eugenésico, es decir, aquel practicado sobre una mujer idiota o demente que ha sido víctima de una violación o de un atentado al pudor. Otros sectores que sostienen una postura amplia, estiman que este artículo también incluye el aborto sentimental, practicado sobre cualquier mujer cuyo embarazo haya sido producto de una violación. Para esta posición, por lo tanto, el artículo 86 n° 2 incluye dos

¹¹⁹ PUJÓ, Soledad y DERDOY, Malena. “Algunas Notas Críticas sobre el Tratamiento Judicial del Aborto en Argentina”. Anuario de Derechos Humanos (n° 3): 142, junio de 2007 [en línea]. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2007.tpl>. Consultado el 29 de Junio de 2009.

¹²⁰ *Ibíd.* Pág. 176-177.

¹²¹ Sobre esta discusión CLADEM, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer. “Informe Nacional de Argentina sobre Aborto”. [en línea]. Disponible en: <http://www.cladem.org/espanol/nacionales/argentina/argentina.asp>. Consultado el 29 de Junio de 2009; y FIGARI, Rubén y BAILONE, Matías. *Ob. cit.* Pág. 179-196.

hipótesis. Si bien esta discusión aun no ha sido zanjada, un Dictamen de la Procuradora General de la provincia de Buenos Aires, del año 2006, consideró que “permitir el aborto sólo en los casos en que la mujer es mentalmente discapacitada y no hacerlo respecto de mujeres que han sufrido el mismo tipo de abuso implica una discriminación que nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad no podría tolerar”¹²².

1.2 España

En España, el aborto estuvo prohibido absolutamente hasta el año 1985, año en el cual culmina el proceso legislativo de despenalización parcial del aborto con la dictación de la Ley 9/1985, la cual estableció en España el sistema de indicaciones en materia de aborto.

En 1985 se gestó en España un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 1973, el cual buscaba establecer el sistema de plazos dentro de la legislación de este país por medio de la inclusión dentro del Código Penal del artículo 417 bis, el cual contemplaría una serie de causales o indicaciones por las cuales no sería punible el aborto. Este proyecto, aprobado en el Senado el año 1983, fue objeto de dos recursos previos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹²³. Estos recursos sostenían que el proyecto en cuestión violaba el artículo 15 de la Constitución Española, que señala que “todos tienen derecho a la vida”. De acuerdo con estos recursos, el no nacido sería titular de este derecho a la vida, el cual sería un valor absoluto no susceptible de limitación de ninguna clase. De esta forma, ninguna de las indicaciones que el proyecto planteaba se adecuaba a las exigencias de protección constitucional. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 53/1985, se pronunció sobre este y otros puntos señalando lo siguiente:

¹²² En este sentido, el Dictamen también destacó la necesidad de reinterpretar el artículo en cuestión “a la luz de los nuevos valores receptados tanto por nuestra Constitución como por los tratados internacionales”. PUJÓ, Soledad y DERDOY, Malena. Op. cit. Pág. 141.

¹²³ MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. El Delito de Aborto: Dimensión Constitucional y Penal. Barcelona, España. Editorial Bosch, 2000. Pág. 21.

- a) En primer lugar, interpretó que el citado precepto no impone una protección absoluta a la vida humana prenatal. Si bien la vida del nasciturus es un bien jurídico que goza de protección constitucional, éste no sería titular del derecho fundamental a la vida del artículo 15 de la Constitución. Sin embargo la protección constitucional de la que goza impone al Estado dos obligaciones de carácter general: abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma¹²⁴.
- b) Dicha protección al no nacido puede generar un conflicto con los derechos de la madre los cuales también tienen rango constitucional. Por ello un sistema de indicaciones que excluya de punición algunos supuestos de aborto, resulta constitucional.
- c) El Tribunal realizó una ponderación de los bienes y derechos que entraban en conflicto con ocasión de las distintas indicaciones que se pretendía introducir, concluyendo que ellas se ajustaba a la Constitución¹²⁵.
- d) A pesar de la constitucionalidad de las indicaciones, a juicio del Tribunal Constitucional el proyecto no cubría las garantías suficientes derivadas de la obligación estatal de garantizar la vida del no nacido, de acuerdo a lo previsto por el artículo 15 de la Constitución, por lo cual sugirió una serie de modificaciones que permitirían que la ley fuese constitucional:
- i. En el caso del aborto terapéutico, la ley debía exigir la comprobación del supuesto de hecho por un médico de la especialidad correspondiente, de forma análoga a lo previsto para el aborto eugenésico.

¹²⁴ *Ibíd.* Pág. 23.

¹²⁵ CASTINEIRA Palou, María Teresa, “et al”. *Lecciones de Derecho Penal, parte especial.* 2ª edición. Barcelona, Ed. Atelier, 2009. Pág. 51.

- ii. Tanto en la indicación terapéutica como la eugenésica debía preverse la necesidad de que la comprobación de los supuestos de hecho, así como que la práctica de los abortos se llevara a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados.
- iii. El Tribunal indicó que las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables por el incumplimiento de los requisitos referentes al centro sanitario autorizado¹²⁶.

Tras un procedimiento de enmiendas al proyecto de ley, las cuales siguieron lo planteado por el Tribunal en la Sentencia 53/1985, se aprobó el texto definitivo de la Ley Orgánica 9/1985, la cual incluyó dentro del Código Penal español el artículo 417 bis, el cual se encuentra vigente hasta el día de hoy, redactado en los siguientes términos:

“1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, publico o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o síquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2ª. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique

¹²⁶ MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. cit. Pág. 25.

dentro de las 12 primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3ª. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o síquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las primeras veintidós semanas de gestación y el dictamen, expresado con anterioridad a la practica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, publico o privado, acreditado al efecto, y distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el numero anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la practica del aborto no se realice en un centro o establecimiento publico o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.

El artículo 417 bis considera tres tipos de indicaciones siendo posible distinguir en cada una de ellas requisitos fundamentadores o materiales, y requisitos comunes para las tres indicaciones, estos últimos establecidos de forma complementaria y que buscan una adecuada protección y control¹²⁷.

Los requisitos comunes a todas las indicaciones, señalados en el artículo 417 bis número primero, son tres:

- a) Intervención médica: el artículo 417 bis señala que la intervención debe ser practicada por un médico o bajo su dirección. A pesar de que la norma nada señala respecto de la necesidad de que el médico sea especialista o tenga alguna calificación especial, parte de la doctrina ha estimado que se exigiría a éste ser especialista en obstetricia y ginecología. Esta exigencia se desprendería del Real Decreto 2409/1986, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la

¹²⁷ *Ibíd.* Pág. 100.

interrupción voluntaria del embarazo, el cual exige que la intervención se practique en centros que cuenten con un especialista en obstetricia y ginecología. Sin embargo, y de acuerdo a lo señalado por Luzón Peña, si bien este requisito de especialidad es exigido por la regulación reglamentaria para determinar cuando un centro se considerará como acreditado, no se ha señalado que quien debe dirigir o practicar el aborto deba ser especialista¹²⁸.

El artículo también contempla que la intervención pueda ser realizada “bajo la dirección” del médico, lo cual significa que la interrupción del embarazo podrá ser practicada por otros que no sean médicos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España, el cual ha estimado que no se exige que el aborto sea practicado por un médico¹²⁹, pero sí es necesario que éste ejerza una cuidadosa supervisión. El Tribunal señaló que la dirección del médico “no puede considerarse como " a distancia" y con dación de normas generales para su práctica, sino con la presencia física, directa y permanente del médico director, que visualizando todos y cada uno de los actos realizados por la persona que materialmente realiza el aborto¹³⁰”.

- b) Centro o establecimiento acreditado: este requisito se impone con dos finalidades: proteger la vida y salud de la mujer embarazada y facilitar un mayor control estatal sobre el cumplimiento de los requisitos de las indicaciones.

El centro puede ser privado o público y debe cumplir con las condiciones para la acreditación establecidas en el RD 2409/1986.

- c) Consentimiento expreso de la mujer embarazada: el consentimiento de la mujer es exigido en todas las indicaciones, salvo en caso de urgencia por

¹²⁸ LUZÓN Peña, Diego-Manuel. “Indicaciones y Causas de Justificación en el Aborto: Requisitos Generales”. Cuadernos de Política Criminal, 1989. Pág. 792-793. También se pronuncian en este sentido MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. Cit. Pág. 102-103.

¹²⁹ LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Op. cit. Pág. 793.

¹³⁰ STS 14-12-1992 (5198/1990).

riesgo vital de la gestante, caso en el cual se admitiría el consentimiento presunto¹³¹. Este requisito es especialmente necesario puesto que con él se evidencia la presencia de un conflicto de intereses, donde la mujer ha decidido libremente no correr el riesgo o sacrificio que implicaría el continuar con el embarazo¹³².

El consentimiento debe estar libre de vicios y podrá emitirse de cualquier forma, ya que no hay exigencia en este sentido de parte del texto legal¹³³. El RD 2409/1986 establece la necesidad de que los profesionales sanitarios informen a las pacientes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la continuación del embarazo así como de su interrupción. Además deberá informarse a la gestante de la existencia de medidas de asistencia social y orientación familiar que puedan ayudarle, de requisitos que sean exigibles y de las fechas y establecimientos en que pueda practicarse la interrupción del embarazo.

Como ya señalábamos, el artículo 417 bis, despenaliza el aborto en tres supuestos. A continuación se verán las tres indicaciones señaladas y los requisitos fundamentadores de cada una.

En primer lugar, se regula la indicación terapéutica, la cual permite interrumpir el embarazo cuando sea necesario por existir un grave riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la madre. La doctrina ha señalado que en este caso debe haber “estricta necesidad”, es decir, que el aborto sea necesario para salvar la vida o salud de la madre sin que exista otro medio para salvaguardarlos¹³⁴. Producto de esta situación de necesidad, no se exige plazo alguno como requisito para la procedencia de esta indicación, puesto que el grave riesgo podría

¹³¹ Este sería el caso de una mujer embarazada con riesgo vital que se encuentra inconciente o anestesiada. LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Op. cit. Pág. 785.

¹³² MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. cit. Pág. 105.

¹³³ Así, si se incumple la obligación reglamentaria de conservar la historia clínica de la paciente y el documento en que conste el consentimiento expreso de la paciente, ello sólo dará lugar a responsabilidad administrativa, pero no penal. LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Op. cit. Pág. 785.

¹³⁴ En este sentido BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 2ª edición. Barcelona. Ed. Ariel, 1991. Pág. 51; LUZÓN Peña, Diego-Manuel, Op. cit. Pág. 784; y MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. cit. Pág. 107.

presentarse en cualquier estado del embarazo. Como garantía de comprobación de la existencia de la indicación se exige que la circunstancia de existir un grave riesgo para la vida o la salud de la gestante conste en un dictamen, emitido con anterioridad a la intervención, por un médico especialista distinto de aquel que practicará el aborto. Podrá prescindirse del dictamen, en caso de urgencia por riesgo vital de la gestante¹³⁵.

La gravedad del peligro será un factor decisivo en la configuración de esta causal, y deberá interpretarse éste en el sentido de un riesgo concreto y determinado, el cual podrá ocurrir en un futuro más o menos próximo, produciendo la muerte o menoscabo de la salud de la gestante, ya sea motivado por el embarazo, o no¹³⁶. Plantea una serie de problemas establecer que grado de gravedad debe exigirse y que probabilidad debe existir de que el daño se produzca para que la causal sea procedente, lo cual se hace especialmente problemático en casos de grave peligro para la salud psíquica de la embarazada. La doctrina ha estimado que, para resolver este problema, es necesario que la indicación responda a un doble baremo inversamente proporcional¹³⁷, exigiéndose mayor probabilidad cuanto menor sea la gravedad del eventual daño.

La segunda indicación tratada por el artículo 417 bis es la sentimental o ética, la cual procede cuando el embarazo es consecuencia de un delito de violación. El fundamento de esta indicación es la inexigibilidad de la conducta y la libertad de la mujer¹³⁸. Esta indicación ha sido criticada por una serie de motivos. En primer lugar, por que exige que el embarazo sea *consecuencia* de la violación, lo cual puede llevar a exigir una relación causal y no una de simple probabilidad, lo cual sería muy difícil de demostrar en la mayoría de los casos. En segundo lugar, se han excluido de la indicación una serie de casos similares, como lo serían el incesto o la inseminación artificial no consentida, supuestos que si son

¹³⁵ LUZÓN Peña, Diego-Manuel, Op. cit. Pág. 787.

¹³⁶ MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. cit. Pág. 110.

¹³⁷ CASTIÑEIRA Palou, María Teresa, et al. Op. cit. Pág. 58.

¹³⁸ BUSTOS Ramírez, Juan. Op. cit. Pág. 52.

considerados bajo esta indicación en la legislación de otros países¹³⁹. También se ha criticado la exigencia de denuncia previa como requisito para que proceda la interrupción del embarazo bajo esta causal, discutiéndose cual es el plazo que tiene la mujer para realizar la denuncia. Al respecto, parte de la doctrina española ha estimado que es suficiente que la denuncia se presente con anterioridad a la práctica del aborto, siendo esta posición la más razonable a nuestro juicio¹⁴⁰. Por último se ha estimado que el plazo para practicar el aborto, el cual se extiende durante las doce primeras semanas de gestación, es demasiado corto y que no debería existir esta limitación, puesto que el conflicto de intereses no puede estar circunscrito en el tiempo¹⁴¹.

La última indicación regulada es la eugenésica, la cual permite la realización del aborto cuando se presume que el feto será portador de graves anomalías genéticas, defectos físicos o psíquicos. El fundamento de esta indicación también sería la libertad, puesto que el Estado busca no imponer a la mujer o la pareja la crianza de un hijo que adolece de taras¹⁴².

Esta indicación exige dictamen previo emitido por dos especialistas, el cual se referirá a la identificación de las taras con las que el feto podría nacer y la probabilidad de éstas. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la indicación terapéutica, se exige que el dictamen sea emitido por dos especialistas en atención a la complejidad de un diagnóstico prenatal.

El artículo habla de *presunción* de que el feto nacerá con graves taras, lo cual ha planteado la duda sobre que debe entenderse por ello. Al respecto el RD 2409/1986 en su artículo 6.3 indica que el diagnóstico será de “presunción de riesgo, estimado en criterios de probabilidad”, por lo cual la doctrina española ha

¹³⁹ Tal es el caso de Colombia, que veremos más adelante, donde la indicación ética abarca estos supuestos.

¹⁴⁰ Así lo estiman MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. Cit. Pág. 115 y BUSTOS Ramírez, Juan. Op. Cit. Pág. 52.

¹⁴¹ BUSTOS Ramírez, Juan. Op. Cit. Pág. 52.

¹⁴² MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. Op. Cit. Pág. 116.

estimado que debe interpretarse en el sentido de grado elevado de probabilidad¹⁴³.

Por último, se exige que la interrupción se a practicada dentro de las 22 primeras semanas de gestación. El plazo más extenso que el establecido para la indicación ética tendría su explicación en que algunas de las pruebas de diagnóstico que deben realizarse para determinar si la indicación es aplicable, sólo pueden efectuarse una vez que el feto haya alcanzado un determinado grado de desarrollo.

1.3 Colombia.

En Colombia, hasta el año 2006, el aborto se encontraba penalizado en toda circunstancia sin que la legislación contemplara ninguna excepción para ello¹⁴⁴. Así, el Código Penal Colombiano tipifica el delito de aborto en el Libro Segundo, Título I. De los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, Capítulo IV. “Del Aborto”. El artículo 122 de dicho cuerpo legal señala:

“La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”

Por su parte el artículo 123 se refiere a la figura del aborto sin consentimiento, mientras que el artículo 124 señala circunstancias de atenuación punitiva para el caso de mujeres cuyo embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de

¹⁴³ Ibíd. Pág. 118.

¹⁴⁴ Esto convertía a Colombia en uno de los tres países en América Latina (junto con Chile, El Salvador y Nicaragua) con prohibición absoluta del aborto. GONZALEZ Vélez, Ana Cristina. “La Situación del Aborto en Colombia: entre la ilegalidad y la realidad”. *Caderns de Saúde Pública*, Río de Janeiro, 21 (2): 624-628, Mar-Apr. 2005 [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.br/>. Consultado el 5 de Julio de 2009.

acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas¹⁴⁵.

Sin embargo, esta situación cambió en el año 2006, cuando la Corte Constitucional de Colombia, en una decisión histórica, señaló que la prohibición penal del aborto en todas las circunstancias violaba los derechos fundamentales de la mujer, los cuales se encuentran protegidos no sólo por la Constitución colombiana de 1991, sino que también por el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴⁶. De acuerdo con la Corte Constitucional “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”¹⁴⁷. De esta forma, la Corte resolvió declarar exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, ya citado, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en alguno de los siguientes casos:

- a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o para la salud de la mujer, certificada por un médico.
- b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- c) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento

¹⁴⁵ Código Penal de Colombia, Ley N° 599 de 2000 [en línea]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>. Consultado el 2 de Julio de 2009.

¹⁴⁶ COOK, Rebecca J. Prologo. En: C-355/2006: Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional que Liberalizó el Aborto en Colombia. Women`s Link Worlwide, 2007. Pág. 8 [en línea]. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_c3552006.pdf. Consultado el 4 de Julio de 2009.

¹⁴⁷ Resumen de los Argumentos Fallo de la Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. Despenalización Parcial del Aborto. La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres. Pág. 6. [en línea]. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/files/1.pdf>. Consultado el 4 de Julio de 2009.

o abusivo, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un ovulo fecundado¹⁴⁸.

Por consiguiente, queda permitida en Colombia la practica del llamado aborto terapéutico, para salvaguardar la vida y la salud de la madre, quedando éste considerado dentro de los tres casos por los cuales procede la interrupción del embarazo no constitutiva de delito en ese país. Se exige como requisito para éste y para los demás casos, la voluntad o consentimiento de la mujer embarazada, así como la certificación médica de concurrir la causal.

Con el fin de evitar la inaplicabilidad de este pronunciamiento de la Corte por falta de reglamentación respecto de la interrupción del embarazo, se dictó al poco tiempo de conocida la decisión de la Corte, la Resolución 4905/2006, por la cual se adopta la norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo; y el Decreto Presidencial 4444/2006, por medio del cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva¹⁴⁹.

Cabe destacar que la Corte señaló, además, en sus consideraciones finales, que “acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal”¹⁵⁰. De esta forma La Corte Constitucional deja clara la posibilidad de regular otras hipótesis de aborto no constitutivo de delito dentro de la legislación de este país.

¹⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 1.

¹⁴⁹ El texto completo de ambos documentos se encuentra disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org>.

¹⁵⁰ Resumen de los Argumentos Fallo de la Corte Constitucional. Sentencia C- 355/06. Op. Cit. Pág. 9.

La relevancia del caso de Colombia radica en la importancia dada por la Corte Constitucional, a la hora de tomar su decisión, a los derechos humanos de la mujer. La Corte en su sentencia se refirió a diversos tratados y convenciones de derechos humanos (vg. La Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales, Sociales, etc.), los cuales utilizó para guiar su razonamiento¹⁵¹, de manera que la despenalización parcial del aborto en Colombia es un ejemplo de la adecuación de las normas a lo estándares internacionales¹⁵². Esta decisión fue producto de un proceso histórico largo, dentro del cual existieron numerosos intentos anteriores para modificar la legislación sobre aborto, siendo finalmente esto posible, en gran medida, por el desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional, la incidencia de los grupos de mujeres que lograron hacer visible sus demandas y los cambios sociales vividos en este país. Son los argumentos desarrollados por la Corte, así como los demás factores que hicieron posible este cambio, en un país que, hasta hace tres años, se encontraba en la misma situación que Chile, los que cobran gran importancia y hacen del caso de Colombia uno digno de estudio y reflexión.

2. Sistema de Plazos.

2.1 México.

En el caso de este país, la legislación en materia de aborto sufrió un gran cambio en el año 2007. Fue este año que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una despenalización única en su tipo en América Latina¹⁵³ la cual incluyó el sistema de plazos en materia de aborto.

¹⁵¹ COOK, Rebecca J. Op. cit. Pág. 10-11.

¹⁵² BARRAZA Morelle, Cecilia. Presentación del libro: Un Derecho para las Mujeres. La Despenalización Parcial del Aborto en Colombia. Bogota, Colombia. Mayo de 2006. Pág. 8 [en línea]. Disponible en: http://www.humanas.org.co/html/doc/ponencias/libro_aborto.pdf. Consultado el 15 de Julio de 2009.

¹⁵³ LAMAS, Marta. “La despenalización del aborto en México”. Revista Nueva Sociedad (220): 154-172, Marzo-Abril de 2009. Pág. 154 [en línea]. Disponible en: www.nuso.org. Consultado el 14 de Julio de 2009.

La iniciativa de esta reforma para despenalizar el aborto en todos los casos fue presentada a la Asamblea Legislativa por dos partidos políticos en el mes de noviembre de 2006, comenzando así un gran debate público sobre el tema. La reforma planteada buscaba lo siguiente:

- a) Reformular la definición jurídica penal de aborto, de modo que se entendiera por éste la interrupción del embarazo realizada después de la décimo segunda semana de gestación. Por lo tanto los abortos realizados dentro de las primeras 12 semanas de gestación serían siempre lícitos.
- b) Definir, para efectos del Código Penal, el embarazo como “la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Esto buscaba dejar clara la legalidad de métodos anticonceptivos poscoitales, como la anticoncepción de emergencia.
- c) Reducir las sanciones a mujeres que se practiquen un aborto.
- d) Proteger a las mujeres que fueran obligadas a abortar, a través de la figura del “aborto forzado”.
- e) Reformar la Ley de Salud del Distrito Federal para ofrecer servicios de asesoramiento y contención (pre- y postaborto) y brindar información objetiva a las mujeres que soliciten la interrupción legal del embarazo¹⁵⁴.

El Código Penal del Distrito Federal databa de 1931, sin embargo éste ya había sufrido una serie de reformas legales en materia de aborto¹⁵⁵, siendo una de las

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 167-168.

¹⁵⁵ Otras reformas fueron hechas a la legislación en materia de aborto los años 2002 y 2003, con las cuales se reglamento su práctica y se despoja del carácter de delito al aborto no punible. BERNAL, Gloria Elena. “La Reforma a la Ley del Aborto en la Ciudad de México: un debate singular”. *En*: Aborto: Acciones Médicas y Estrategias Sociales. Coordinadoras: Graciela Freyermuth y Erika Troncoso. Noviembre de 2008, México. Pág. 49.

más importantes la llevada a cabo el año 2000, cuando se aprobó la llamada “Ley Robles”¹⁵⁶ que permitió aumentar en tres las causales ya existentes por las cuales procedía el aborto. A pesar de las reformas, en materia de aborto la legislación del Distrito Federal era más restrictiva que la del resto de las entidades federativas¹⁵⁷, y hasta antes del 2007, sólo se contemplaba la posibilidad de interrumpir el embarazo sin responsabilidad penal, en cuatro supuestos:

- I. El embarazo es producto de una violación o de una inseminación artificial no consentida (ello hasta las 20 semanas de gestación).
- II. La mujer corre peligro de padecer una grave afectación su salud.
- III. Por malformaciones congénitas o genéticas del producto.
- IV. Como resultado de una conducta imprudencial de la mujer embarazada¹⁵⁸.

El día 24 de Abril la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó, por 46 votos a favor y 19 en contra, el proyecto de ley que despenalizaba el aborto hasta la décimo segunda semana de gestación. De esta forma, el artículo 144 del Código Penal quedó redactado en los siguientes términos:

“Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”.

¹⁵⁶ Esta ley, propuesta por la Jefa de Gobierno del Distrito Federal Rosario Robles, fue aprobada el 18 de Agosto de 2000 y aumentó en tres las causas para abortar legalmente en la capital del país: por inseminación artificial no consentida, por grave daño a la salud de la mujer y cuando el producto presenta malformaciones congénitas o genéticas graves. También se obligó a los médicos a dar información precisa sobre el procedimiento y las consecuencias del aborto. “Cronología de la Despenalización del Aborto en México”. Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=42>. Consultado el 14 de Julio de 2009.

¹⁵⁷ LAMAS, Marta. Op. cit. Pág. 161.

¹⁵⁸ ESCALANTE, Julia. “Legislación sobre Aborto en el Distrito Federal”. En: Aborto: Acciones Médicas y Estrategias Sociales. Coordinadoras: Graciela Freyermuth y Erika Troncoso. Noviembre de 2008, México. Pág. 35.

En el artículo 148 del mismo Código, se establecen circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, donde quedan contenidas las causales por las que procede el aborto fuera del plazo de las 12 semanas. El artículo indica:

“Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable¹⁵⁹”.

¹⁵⁹ Código Penal para el Distrito Federal. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Codigos/DFCOD07.pdf>. Consultado el 15 de Julio de 2009.

Las reformas fueron publicadas el 26 de Abril en la Gaceta Oficial del Distrito Federal e inmediatamente los hospitales de la capital mexicana comenzaron a ofrecer el servicio. Sin embargo 30 días después de la publicación, se presentaron acciones de inconstitucionalidad en su contra por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)¹⁶⁰ y la Procuraduría General de la República (PGR). De acuerdo con lo señalado por estas acciones, las reformas aprobadas eran estimadas inconstitucionales puesto que: (1) infringían el reparto de competencias constitucionalmente establecido, ya que la definición de embarazo dada por el artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal era incompatible con las disposiciones federales en materia de salud e invadían la competencia federal en esta materia; (2) vulneraban una serie de derechos, entre los cuales encontramos el derecho a la vida del producto de la concepción, del derecho del producto de la concepción a la protección del proceso de gestación a partir de la concepción misma, el derecho a no discriminación del progenitor masculino y de los embriones menores de tres meses, los derechos de igualdad, procreación y paternidad del progenitor varón, entre otros; (3) se desconocían las exigencias implícitas en los principios de legalidad penal y seguridad jurídica; (4) se vulneraba el derecho a la objeción de conciencia¹⁶¹.

En marzo de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la realización de seis audiencias públicas para incluir la participación de la sociedad civil en la discusión sobre la inconstitucionalidad de las reformas¹⁶². Finalmente la Corte resolvió, en agosto de 2008, que la despenalización del aborto legislada en

¹⁶⁰ El texto completo de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, presentada el 24 de Mayo de 2007 por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), José Luís Soberanes Fernández, se encuentra disponible en: <http://www.cndh.org.mx/lacndh/accionesIncontit/acciones.htm#>. Consultado el 9 de Octubre de 2009.

¹⁶¹ POU Jiménez, Francisca. "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal". *En*: Anuario de Derechos Humanos N° 5. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2009. Pág. 143 [en línea]. Disponible en: http://www.cd.h.uchile.cl/anuario05/6_Perspectivas_regionales/PerspectivasRegionales_FranciscaPou.pdf. Consultado el 9 de Octubre de 2009.

¹⁶² ESCALANTE, Julia. Op. cit. Pág. 36-37.

la Ciudad de México era constitucional¹⁶³. La Corte se pronunció a favor de la competencia de las entidades federativas para legislar en esta materia, descartó las cuestiones sobre la objeción de conciencia por motivos de procedencia, desestimó los problemas relativos a los principios de legalidad penal y seguridad jurídica y señaló que las modificaciones hechas a la ley del aborto en el Distrito Federal se ajustaban a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte señala en su sentencia que la despenalización del aborto dentro de las doce primeras semanas de gestación realizada por el legislador resulta ser “idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida”¹⁶⁴. Además la Corte afirmó que “los derechos de las mujeres no compiten con la protección dada al no nacido, toda vez que la ésta no tiene el rango constitucional que tiene los derechos fundamentales de las mujeres”¹⁶⁵. De esta forma se consideró, de acuerdo a lo explicado por Julia Escalante, que si bien tanto los derechos fundamentales de la mujer como la protección de la vida en gestación son bienes constitucionalmente relevantes, es necesario ponderarlos para determinar las condiciones de aplicación cuyo equilibrio deje a salvo la protección de los bienes que se encuentran en conflicto. La despenalización del aborto practicado dentro de las doce primeras semanas de gestación se traduce en una adecuada ponderación de estos bienes en conflicto y persigue la finalidad de preservar la salud, integridad corporal y vida de las mujeres. Así, el derecho de las mujeres a la vida, la salud, la privacidad y la autonomía reproductiva tendrá prioridad sobre el bien constitucionalmente protegido que es la vida en gestación¹⁶⁶.

2.2 Gran Bretaña.

¹⁶³ La sentencia definitiva acerca de las Acciones de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 28 de Agosto de 2008, se encuentra disponible en: <http://informa.scjn.gob.mx/sentencia.html>, página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consultado el 14 de Junio de 2009.

¹⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 183.

¹⁶⁵ ESCALANTE, Julia. Op. cit. Pág. 37.

¹⁶⁶ BERNAL, Gloria Elena. Op. cit. Pág. 50

En Gran Bretaña rige el sistema de plazos en materia de aborto, siendo esta legislación una de las más liberales a nivel mundial, ya que fija el plazo durante el cual la práctica de aborto es lícita en 24 semanas, siendo este país, junto con Holanda, los que establecen el plazo más extenso para la interrupción del embarazo dentro de la legislación comparada.

En este país la materia se encuentra regulada principalmente por dos leyes, siendo la primera de ellas la Ley de Aborto (“Abortion act”), de 1967, la cual entró en vigor el 27 de Abril de 1968. Esta ley permitía la realización legal de abortos hasta las 28 semanas de gestación y además señalaba una serie de casos en los cuales procedía la práctica después de este plazo. Para ello se requería que dos médicos abrigaran la opinión, de buena fe, de que:

- a) La continuación del embarazo significaría un riesgo para la vida de la mujer embarazada o daño para la salud física o mental de la mujer embarazada o para cualquier niño preexistente en su familia, en un grado mayor que si el embarazo fuera interrumpido.
- b) Existencia de un riesgo sustancial de que si el niño naciera padecería anomalías físicas o mentales, a tal punto de considerársele severamente impedido¹⁶⁷.

Esta ley se aplica en Inglaterra, Escocia y Gales, quedando exceptuada Irlanda del Norte, donde sólo procede la práctica del aborto en casos en que exista riesgo para la vida de la madre y en casos de malformación del feto. Esta ley fue modificada por la Cámara de los Comunes en Abril de 1990, para reducir el límite máximo de 28 a 24 semanas, lo cual resulta más acorde con los descubrimientos de la medicina moderna en relación a la viabilidad del feto.

¹⁶⁷ IBAÑEZ y García-Velasco, José Luís. Pág. 56.

La segunda ley que regula la materia es la Ley de Fertilización Humana y Embriología (Human Fertilisation and Embriology Act) de 1990. Esta ley introduce controles sobre las nuevas técnicas desarrolladas para ayudar a parejas infértiles y para hacer un seguimiento de los experimentos con embriones. También clarifica las circunstancias bajo las que el aborto podría efectuarse en un estado avanzado, perfilando cuales son las condiciones que deben darse para que un aborto sea considerado legal¹⁶⁸.

Por lo tanto, de acuerdo con la Ley de Aborto, la interrupción del embarazo dentro de las 24 semanas de gestación es lícita. Además el aborto será legal después de las 24 semanas, en los siguientes casos:

- a) Si es necesario para salvar la vida de la madre.
- c) Para prevenir un daño grave a nivel físico o de salud mental en la madre.
- d) Si existe riesgo considerable de que el niño nazca con tales anomalías/daños físicos o mentales que supusieran una seria discapacidad o minusvalía.

El Ministerio encargado de esta materia en el Reino Unido es el Department of Health (Ministerio de Sanidad) y el organismo que se encarga de practicar las interrupciones es el National Health Service (NHS).

2.3 Holanda.

La ley que regula el aborto en Holanda (“Termination of Pregnancy Act”) y que adopta el sistema de plazos en este país, data de 1981. Ésta ley no rigió sino hasta 1984, año en que se dictó el reglamento para su aplicación. De acuerdo con

¹⁶⁸ Legislación Comparada. Gran Bretaña [en línea]. Disponible en: http://nosotrasdecidimos.org/?page_id=30. Consultado el 21 de Julio del 2009.

esta ley, la mujer podrá solicitar la interrupción del embarazo dentro de las 24 primeras semanas de gestación, cumpliendo con algunos requisitos legales.

El Código Penal holandés, de 1886, trataba el aborto dentro de los delitos contra la vida, y lo penalizaba en toda circunstancia¹⁶⁹. A través de los años se hicieron una serie de intentos por liberalizar la legislación en materia de aborto, sin embargo el tema no comenzó a ser objeto de debate sino hasta los años 60`s, cuando el país sufría una serie de cambios sociales y económicos producto de los cambios de percepción de la población en relación a temas como el uso de anticonceptivos y la planificación familiar. Por otro lado, la influencia de la Iglesia dentro de la sociedad disminuía y el país experimentaba un gran crecimiento económico, que permitió que la población elevara cada vez más sus niveles de educación¹⁷⁰. Fue bajo este contexto que fue posible despenalizar en aborto en Holanda a través de la ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objetivo es encontrar un equilibrio entre los intereses en conflicto: los del no nacido y los de la mujeres en “situación difícil” a consecuencia de un embarazo no deseado¹⁷¹. La ley también busca que toda decisión de poner término a un embarazo sea considerada y reflexionada cuidadosamente, motivo por el cual la ley no establece criterios o motivos para justificar el aborto, pero sí se asegura de que la decisión no se tome de forma precipitada a través de requisitos de procedimiento establecidos con este fin¹⁷².

La ley permite el aborto hasta la viabilidad del feto, para lo cual se fija como plazo máximo para la interrupción del embarazo las 24 primeras semanas de gestación. A pesar de ello, la mayoría de los abortos se realizan dentro de las 21 primeras semanas¹⁷³. La mujer que desee interrumpir su embarazo deberá consultar con

¹⁶⁹ Disponible en página web de Naciones Unidas:

<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/doc/nether.doc> . Consultado el 18 de Julio del 2009.

¹⁷⁰ Questions and answers on Dutch Policy on Abortion. Netherlands Ministry of Foreign Affaire, 2003 [en línea]. Disponible en: <http://www.mfa.nl/contents/pages/742/abort.pdf>. Consultado el 18 de Julio del 2009.

¹⁷¹ Legislación Comparada. Holanda [en línea]. Disponible en: http://nosotrasdecidimos.org/?page_id=117. Consultado el 18 de Julio del 2009.

¹⁷² Íbidem.

¹⁷³ Questions and answers on Dutch Policy on Abortion. Op. cit.

un médico el cual discutirá con ellas las alternativas de solución a su problema. Se exige que haya transcurrido un plazo mínimo de 5 días desde que la mujer habló por primera vez con el médico y la fecha en que el aborto se practique. Si tras esta consulta y transcurrido este plazo la mujer decide que quiere practicarse el aborto, el médico deberá certificar que la decisión se ha tomado después de una consideración detenida y por la libre voluntad de la afectada¹⁷⁴.

La interrupción del embarazo sólo podrá llevarse a cabo en clínicas autorizadas para estos efectos. Para las mujeres residentes en Holanda, esta prestación se incluye dentro del sistema de seguridad social y también es cubierto por los seguros privados de salud¹⁷⁵.

Cabe destacar que Holanda es uno de los países con más bajas tasas de aborto en el mundo, siendo ésta de 10,4 por cada mil mujeres, de acuerdo a un informe de Naciones Unidas para el Desarrollo, el cual contiene datos de los años 2003, 2004 y 2005¹⁷⁶. Esta cifra disminuye a 8 de cada mil mujeres si sólo se toman en cuenta las residentes holandesas, puesto que la cifra anterior considera a extranjeras que viajan a este país para interrumpir sus embarazos. Resulta muy llamativo que uno de los países con la legislación más liberal en materia de aborto sea uno de los que tiene las tasas más bajas, lo cual demuestra que la despenalización del aborto no produce necesariamente un aumento los mismos.

3. Prohibición Absoluta del Aborto.

3.1 El Salvador.

¹⁷⁴ Íbidem.

¹⁷⁵ Íbidem.

¹⁷⁶ CEBERIO B., Mónica. “Los países europeos con menores tasas de aborto tienen ley de plazos”. Revista Digital de Asociación de Hombres por la Igualdad de Género (AHIGE), 2009 [en línea]. Disponible en: http://boletin.ahige.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=902. Consultado el 18 de Julio del 2009.

A través del siglo XX y específicamente, en su segunda mitad, se ha observado una evolución clara hacia la despenalización, total o parcial, del aborto voluntario¹⁷⁷. Sin embargo unos pocos países, dentro de los cuales se cuenta El Salvador, han ido en contra de esta tendencia mundial endureciendo su legislación sobre aborto.

En El Salvador, el aborto inducido había sido considerado siempre un acto ilícito, sin embargo hasta el año 1998, la ley no penalizaba el aborto terapéutico, el aborto sentimental (o ético- jurídico, por violación) ni el aborto eugenésico¹⁷⁸. El Código Penal salvadoreño de 1973, en su Capítulo II. De los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, regulaba el aborto en los artículos 161 y siguientes. En estos artículos se tipificaban las distintas figuras de aborto, a saber: a) el aborto propio o procurado por la mujer; b) el aborto consentido y sin consentimiento, realizado por un tercero; c) el aborto agravado; d) el aborto atenuado o “honoris causa”; e) el aborto con consecuencias mortales; f) el aborto preterintencional; g) El aborto culposo, y; h) el aborto no punible.

El artículo 169 del Código Penal de El Salvador, de 1973, reglaba el aborto no punible en la siguiente forma:

“No es punible:

1) El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto.

2) El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiese otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico. Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviera imposibilitada de dar el consentimiento, será

¹⁷⁷ IBAÑEZ y García-Velasco, José Luís. Ob. Cit. Pág. 60.

¹⁷⁸ CENTRO LEGAL PARA DERECHOS REPRODUCTIVOS Y POLITICAS PÚBLICAS. Perseguidas: proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador. New York, Estados Unidos. Ed. Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Publicas, 2000. Pág. 27.

necesario el de su cónyuge, el de su representante legal, o el de un pariente cercano.

3) El realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer.

4) El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible y grave en el producto de la concepción.”

El aborto terapéutico regulado en el N° 2 del artículo citado, exigía para la procedencia de esta indicación que la interrupción del embarazo fuera necesaria para salvar la vida de la madre, sin que existiera otro medio para ello. Además debía darse dictamen médico en este sentido y el consentimiento de la mujer, el cual podía ser suplido por el cónyuge de la mujer, su representante legal o un pariente en caso de mujer menor, incapaz o imposibilitada para consentir.

En 1998, se reforma el Código Penal de El Salvador y se declara punible todo tipo de aborto, excluyendo únicamente el aborto culposo cometido por la propia mujer y la tentativa de provocarse un aborto. El Capítulo II del nuevo Código Penal trata el delito de aborto dentro de los Delitos Relativos a la Vida del Ser Humano en Formación, en los artículos 133 a 137. Dentro de estos artículos no sólo se sanciona a la mujer, a un tercero y a cualquier persona que trabaje en el área de la salud y provoque un aborto, sino que también a quien induzca a una mujer a que se practique un aborto o le facilite los medios económicos para hacerlo, con prisión de dos a cinco años, sanción que se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada si quien ayuda o induce al aborto es el progenitor del aborto (artículo 137).

La reforma del Código Penal de El Salvador tuvo como antecedente una intensa campaña pública para favorecer reformas legales que buscaban prohibir el aborto en la legislación salvadoreña. Es posible afirmar que este movimiento comienza

después de 1994, cuando el gobierno salvadoreño establece su posición de “defensa de la vida desde el momento de la concepción”, durante la Conferencia de Población y Desarrollo celebrada en el Cairo. En esta oportunidad el gobierno salvadoreño efectuó reservas, al momento de adoptar el Programa de Acción en la Conferencia, a los capítulos VII y VIII, referentes a derechos reproductivos y de la salud, expresando que la vida debe ser protegida desde la concepción. Una vez conocida esta posición del gobierno se inicia la campaña por parte de la Iglesia Católica, grupos de católicos de derecha, diputados de algunos partidos políticos y algunos miembros de la profesión médica, los que buscaron influir en la opinión pública¹⁷⁹.

La Asamblea Legislativa de El Salvador volvió a pronunciarse sobre el aborto en 1999, con motivo de una reforma constitucional que buscaba incorporar al artículo primero de la Constitución la protección de la persona humana desde el momento de la concepción. El proyecto fue votado el 3 de febrero de ese año y aprobado sin ningún voto en contra¹⁸⁰.

El artículo 1 de la Constitución de El Salvador quedó redactado de la siguiente forma:

“El Salvador reconoce a la persona humana desde su concepción, como origen y fin de la actividad del estado, que esta organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad y el bien común.

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

¹⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 29.

¹⁸⁰ Este proceso de reforma fue acompañado de una intensa campaña dentro de la cual se llegó a plantear que el aborto tenía su origen en la promiscuidad de la mujer y que su práctica traía graves secuelas para la salud de las mismas. Esta intensa campaña, en la cual jugaron un importante papel los medios de comunicación, puede explicar de cierta forma la votación dada al proyecto de reforma: 72 diputados votaron a favor, 11 se abstuvieron y uno se ausentó, sin que existiera ningún voto en contra. *Ibíd.* Pág. 36-37.

3.2 Nicaragua.

El 26 de octubre de 2006, la Asamblea Nacional de Nicaragua decidió en forma unánime eliminar la figura del aborto terapéutico, la cual estuvo vigente dentro del Código Penal de este país por más de 130 años. El aborto terapéutico estaba permitido en Nicaragua para casos en que existiese riesgo para la vida de la madre, daños irreversibles al embrión o el feto, y cuando el embarazo fuese fruto de una violación o incesto. Para practicarlo se necesitaba el criterio unánime de al menos tres especialistas y el consentimiento de la mujer y del cónyuge o un familiar de ésta¹⁸¹.

El artículo 165 del Código Penal de este país establecía:

“El aborto terapéutico será determinado científicamente, con la intervención de tres facultativos por lo menos, y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano a la mujer, para los fines legales”.

La Ley N° 603, llamada “Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente”, entró en vigencia el 17 de noviembre de 2006, abriendo un gran debate en torno al tema¹⁸². Desde entonces, una serie de organismos internacionales, entre los cuales se cuenta a Amnistía Internacional¹⁸³, El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas¹⁸⁴, Human Rights Watch¹⁸⁵, la Comisión Europea y la

¹⁸¹ DE LA CRUZ, Melba y MERCADO, Elizabeth. “El Aborto Terapéutico en Nicaragua: el Dialogo como Parte de la Solución”. Acta bioética, 14 (1): Pág. 106-110, 2008. [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2008000100014&script=sci_arttext . Consultado el 12 de Julio de 2009.

¹⁸² Íbidem.

¹⁸³ Noticia: “Amnistía Internacional pedirá a Supremo Tribunal de Nicaragua revisar ley que prohíbe totalmente el aborto” [en línea]. Disponible en: http://www.soitu.es/soitu/2009/07/27/info/1248726795_029179.html. Consultado el 9 de Julio del 2009.

¹⁸⁴ Noticia: “Nicaragua: penalizar el aborto es tortura, advierte la ONU”, por José Adán Silva [en línea]. Disponible en: <http://ipsnoticias.net/print.asp?idnews=92236>. Consultado el 12 de Julio del 2009.

¹⁸⁵ Noticia: “Nicaragua: reforma sobre aborto va contra la doctrina de derechos humanos” [en línea]. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2006/10/15/nicaragua-reforma-sobre-aborto-va-contra-doctrina-de-derechos-humanos>. Consultado el 12 de Julio del 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁶, han manifestado su preocupación por esta prohibición absoluta del aborto, haciendo recomendaciones al gobierno de Nicaragua para que revise su legislación al respecto.

La ley que penalizó el aborto en Nicaragua en todos los casos, fue aprobada justo antes de las elecciones presidenciales de ese país, de manera tal que es posible atribuir esta medida al deseo de los partidos políticos de captar el apoyo de las iglesias católica y evangélica¹⁸⁷.

4. El Aborto en el Mundo.

Actualmente se estima que el 61% de la población mundial vive en países donde el aborto se permite por una amplia gama de razones, mientras que el 26% vive en países con legislaciones muy restrictivas en materia de aborto.

El aborto totalmente prohibido existe en muy pocos países a nivel mundial, de modo que sólo el 0.4% de la población vive en países con ordenamientos jurídicos que prohíben el aborto en toda circunstancia. Este es el caso de tres países de América Latina: Chile, El Salvador y Nicaragua. El aborto para salvar la vida de la mujer, por su parte, es considerado *explícitamente* en las legislaciones de 65 países del mundo, lo cual equivale al 25.2% de la población mundial, como lo muestra la Tabla N° 1.

Tras la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en el Cairo en 1994, cuyo Programa de Acción, adoptado por los países asistentes, estableció que el acceso al aborto seguro es un asunto prioritario para la salud de las mujeres, 22 países han liberalizado sus leyes, ya sea aumentando las causales

¹⁸⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. Informe “Por sobre sus cadáveres: denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua”. Octubre, 2007 [en línea]. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/reports/2007/10/01/por-sobre-sus-cad-veres>. Consultado el 9 de Julio del 2009.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

por las que se permite un aborto hasta admitiéndolo por voluntad de la mujer. Dentro de estos 22 países, siete (casi todos con índices de desarrollo alto o medio) han despenalizaron la interrupción del embarazo dentro del primer trimestre de gestación¹⁸⁸.

De acuerdo con las estadísticas, la legislación en materia de aborto significativamente más restrictiva en países en desarrollo, lo cual evidencia y profundiza la inequidad social y aumenta los riesgos de morbilidad y mortalidad para las mujeres en edad reproductiva¹⁸⁹. Los países desarrollados presentan, en su mayoría, legislaciones donde el aborto procede por una gama amplia de causales. En el 67% de estos países el aborto puede ser solicitado por la mujer sin necesidad de que concurra una causal, como se puede ver en la Tabla N° 2.

¹⁸⁸ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). Hoja informativa: “Leyes del Aborto en el Mundo”, 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.gire.org.mx/>. Consultado el 14 de Julio del 2009.

¹⁸⁹ Íbidem.

Tabla N° 1:

Situación Legal del Aborto en el Mundo (2008)¹⁹⁰.

	AMÉRICA Y EL CARIBE	EUROPA
TOTALMENTE PROHIBIDO Se admite el aborto por "estado de necesidad", pero es muy difícil de obtener. 3 países, 0.4% de la población mundial.	Chile El Salvador Nicaragua	
PARA SALVAR LA VIDA DE LA MUJER Los países en negritas admiten explícitamente en su legislación esta opción de aborto. 65 países, 25.2% de la población mundial.	Antigua y Barbuda Brasil ^{VS} Dominica Guatemala Haití Honduras México ^{SF/VS/F} Panamá ^{AP/VS/F} Paraguay República Dominicana Surinam Venezuela	Andorra Irlanda Malta Mónaco San Marino
POR SALUD FÍSICA Y para salvar la vida de la mujer. 35 países, 9.6% de la población mundial.	Argentina ^{VS1} Bahamas Bolivia ^{VS/1} Costa Rica Ecuador ^{VS1} Granada Perú Uruguay ^{VS}	Liechtenstein ⁺ Polonia ^{AP/VS/1/F}
POR SALUD MENTAL Y para preservar salud física y vida de la mujer. 23 países, 4.2% de la población mundial.	Colombia ^{VS/1/F} Jamaica ^{AP} San Cristóbal y Nieves Santa Lucía ^{VS/1} Trinidad y Tobago	España ^{VS/F} Irlanda del Norte
POR RAZONES SOCIOECONÓMICAS Además de salvar la vida de la mujer y preservar su salud física y mental. 14 países, 21.3% de la población mundial.	Barbados ^{AP/VS/1/F} Belice ^F San Vicente y las Granadinas ^{VS/1/F}	Finlandia ^{VS/F/+} Gran Bretaña ^F Islandia ^{VS/1/F/+} Luxemburgo ^{AP/VS/F}
SIN RESTRICCIONES La mayoría de los países establecen un límite gestacional de 12 semanas, contadas a partir de la fecha de la última menstruación. Se indica cuando el país tiene otro límite gestacional. 56 países, 39.3% de la población mundial.	Canadá [▼] Cuba ^{AP} Estados Unidos de América ^{▲/SF/AP} Guyana ^{3x} Puerto Rico [▲]	Albania Alemania [□] Austria [□] Bélgica [□] Bielorrusia Bosnia y Herzegovina ^{AP} Bulgaria Croacia ^{AP} Dinamarca ^{AP} Eslovaquia ^{AP} Eslovenia ^{AP} Estonia Francia [□] Grecia ^{AP} Hungria Italia ^{◊/AP} Letonia Lituania Macedonia ^{AP} Moldavia Montenegro ^{AP} Noruega ^{AP} Países Bajos [▲] Portugal ^{■/AP} República Checa ^{AP} Rumania [□] Rusia Serbia ^{AP} Suecia [●] Suiza Ucrania

¹⁹⁰ Fuentes: Center for Reproductive Rights, Leyes sobre el aborto en el mundo 2007, Nueva York, julio 2007, [mapa]. Center for Reproductive Rights, The World's Abortion Laws, Nueva York, mayo 2008, [Fact Sheet].

ASIA Y MEDIO ORIENTE		ÁFRICA		OCEANÍA
Afganistán Bangladesh Brunéi Darussalam Bután ^{VS/V/+} Cisjordania y Franja de Gaza Emiratos Árabes Unidos ^{AC/AP} Filipinas Indonesia Irak	Irán ^F Laos Libano Libia ^{AP} Myanmar Omán Siria ^{AC/AP} Sri Lanka Yemen	Angola Congo (Brazzaville) Costa de Marfil Egipto Gabón Guinea-Bissáu Kenia Lesotho Madagascar Malawi ^{AC} Mali ^{VS/I}	Mauricio Mauritania Nigeria República Centroafricana República Democrática del Congo Santo Tomé y Príncipe Senegal Somalia Sudán ^{VS} Tanzania Uganda	Islas Marshall ^{NC} Islas Salomón Kiribati Micronesia ^{NC} Palaos ^{NC} Papúa Nueva Guinea Tonga Tuvalu
Arabia Saudita ^{AC/AP} Corea del Sur ^{AC/VS/VF} Jordania Kuwait ^{AC/AP/F} Maldivas ^{AC} Pakistán Qatar ^F		Benín ^{VS/V/F} Burkina Faso ^{VS/V/F} Burundi Camerún ^{VS} Chad ^F Comoras Eritrea ^{VS/I} Etiopía ^{VS/V/F/+} Guinea ^{VS/V/F}	Guinea Ecuatorial ^{AC/AP} Marruecos ^{AC} Mozambique Níger ^F Ruanda Togo ^{VS/V/F} Yibuti Zimbabue ^{VS/V/F}	Vanuatu
Hong Kong ^{VS/V/F} Israel ^{VS/V/F/+} Malasia Tailandia ^{VS/F}		Argelia Botsuana ^{VS/V/F} Gambia Ghana ^{VS/V/F} Liberia ^{VS/V/F} Namibia ^{VS/V/F} Seychelles ^{VS/V/F} Sierra Leona Suazilandia		Nauru Nueva Zelanda ^{V/F} Samoa
Chipre ^{VS/F} India ^{AP/VS/F} Japón ^{AC} Taiwán ^{AC/AP/V/F}		Zambia ^F		Australia ^{SF} Fiji
Armenia Azerbaiyán Bahrén Camboya [□] China ^{▼/S} Corea del Norte [▼] Georgia Kazajistán Kirguistán	Mongolia Nepal ^S Singapur [□] Tayikistán Turkmenistán Turquía ^{■/AC/AP} Uzbekistán Vietnam [▼]	Cabo Verde Sudáfrica Túnez		

INDICACIONES

VS — Aborto permitido en caso de violación sexual
 VSI — Aborto permitido en caso de violación de una mujer con discapacidad mental
 I — Aborto permitido en caso de incesto
 F — Aborto permitido en caso de malformación fetal
 AC — Se requiere autorización conyugal
 AP — Se requiere autorización de los padres

+ — Se tienen en cuenta factores como la edad de la mujer o su capacidad de cuidado de un hijo
 S — Está prohibido el aborto selectivo por sexo
 NC — La ley no es clara
 SF — Países con sistema federal, en los que cada entidad federativa regula de manera diferente las restricciones al aborto. En este cuadro, se clasifican de acuerdo con las leyes que afectan al mayor número de personas.

INDICACIONES SOBRE LÍMITE GESTACIONAL

※ — 90 días
 ☆ — 8 semanas
 ■ — 10 semanas
 □ — 14 semanas
 ● — 18 semanas
 ○ — 24 semanas
 ▲ — La ley permite el aborto hasta antes de la viabilidad
 ▼ — La ley no contempla límite gestacional

Tabla N° 2:

Porcentaje de Países según Categoría de Restricción del Aborto¹⁹¹.

Razones para permitir el aborto	Países desarrollados	Países en desarrollo
Totalmente prohibido	0%	1.5%
Salvar la vida de la mujer	96%	97%
Preservar la salud física de la mujer	88%	60%
Preservar la salud mental de la mujer	86%	57%
Embarazo producto de violación	84%	37%
Malformaciones en el producto	84%	32%
Precariedad socioeconómica	78%	19%
Voluntad de la mujer	67%	15%

¹⁹¹ Fuente: ONU, World Abortion Policies, 2007. Disponible en:
http://www.un.org/esa/population/publications/2007_Abortion_Policies_Chart/2007AbortionPolicies_wallchart.htm. Consultado el 17 de Julio de 2009.

Capítulo IV: Derecho Internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos, a través de la adopción de tratados internacionales, contempla catálogos de derechos humanos, que deben ser respetados y garantizados por el Estado. Dentro de estos derechos están los derechos de las mujeres que se ven afectados producto de la prohibición absoluta del aborto, como el derecho a la vida, integridad física y síquica, libertad sexual y reproductiva, entre otros. El conjunto de derechos que componen estos catálogo “constituyen el mínimo exigible al Estado; nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíen el alcance y contenido de su derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes”¹⁹².

A continuación examinaremos la regulación que el derecho internacional ha realizado de algunos de estos derechos y las consecuencias que se derivan de ella.

A. Sistema Universal (Naciones Unidas).

1. Carta de las Naciones Unidas.

La Carta de las Naciones Unidas, fue redactada el año 1945. Actualmente en ella participan 192 Estados. Su creación es una de las ideas más revolucionarias de la historia y representa un avance gigantesco en la unión de los seres humanos.

De acuerdo con el artículo primero de la carta, dentro de los propósitos de las Naciones Unidas esta:

¹⁹² HUMANAS: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Derechos Humanos, Selección de Tratados Internacionales y Recomendaciones de organismos Internacionales a Chile, 2006. Pág. 11.

Artículo 1:

“3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”

De los artículo 1 a 3 de la Carta de las Naciones Unidas se desprende la idea de no discriminación por sexo. Esto significa que no pueden tomarse medidas en razón del sexo de una persona que resulten discriminatorias para ella. Este tema cobra relevancia en relación al aborto puesto que éste constituye un procedimiento médico que sólo es requerido por mujeres y por ello se ha planteado que el negarlo implicaría una discriminación.

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta Declaración se aprobó 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. El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también considera el principio de no discriminación por sexo. La lucha por los derechos humanos sexuales y reproductivos se inscribe en la tarea más amplia de asegurar

el ejercicio pleno de los derechos humanos por parte de todas las personas¹⁹³.
Estos artículos señalan:

Artículo 2:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

La Declaración hace mención, en su artículo 3, del derecho a la vida que tiene todo individuo, lo cual comprende a las mujeres, hombres, niños, niñas y podría extenderse a los que están por nacer. El artículo anterior también se refiere a la seguridad de la persona, lo cual debe ser interpretado en sentido amplio, esto es, incluyendo la protección de la integridad física y síquica.

Artículo 7:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

El derecho a la igualdad se ha asociado con la aceptación de la idea de que todas las personas deben poder vivir íntegra y dignamente, lo cual cada vez más tiene

¹⁹³ MATURANA Kesten, Camila. Op. cit. Pág. 9.

que ver con la posibilidad de gozar de su sexualidad y de tomar sus decisiones en el campo de la reproducción de una forma libre¹⁹⁴.

2.1 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos.

Con fecha 30 de marzo de 1999, el Comité de Derechos Humanos hizo una serie de observaciones al Estado de Chile. Dentro de estas es posible destacar que el Comité señaló que “el Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, *incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo*. El Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”¹⁹⁵.

De acuerdo con el artículo 175 letra d) del Código Procesal Penal existe una obligación de denunciar para los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y en general para los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el reestablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares a ellas, que notasen que en una persona o un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito. En base a este artículo se denuncia a las mujeres que llegan a hospitales a atenderse producto de complicaciones derivadas de la práctica de abortos clandestinos.

¹⁹⁴ BASCARY, Lourdes. El derecho internacional de los derechos humanos ¿Puede erigirse como aliado en la construcción de un nuevo orden social? Campaña por una Convención Interamericana de derechos sexuales y derechos reproductivos. En: Encuentro académico latinoamericano de “Justicia, Género y Sexualidad” (1^o, 2009, Facultad de Derecho, Universidad de Chile). Pág. 13 [en línea]. Disponible en: www.programamujerescdh.cl.

¹⁹⁵ HUMANAS, Op. cit. Pág. 306. Las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos al Estado de Chile el año 1999 se encuentra disponible en: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe. “Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004)”. Pág. 96-102 [en línea]. Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion(1977-2004).pdf). Consultado el 7 de Octubre de 2009.

3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y entró en vigencia el 3 de enero de 1976. Los derechos humanos que se quieren promover y proteger con este pacto son de diferentes tipos: el derecho a trabajar en condiciones justas y favorables; el derecho a la protección y a la seguridad social; a un nivel de vida adecuado y a los niveles de salud física y mental más altos que se puedan obtener; y el derecho a la educación, y a disfrutar los beneficios de la cultura y del progreso científico, entre otros.

Artículo 2:

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación 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 social.

Artículo 3:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá

someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 10:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

Los Estados son los primeros responsables de hacer de los derechos humanos una realidad, garantizando que otras personas u organismos no cometen abusos contra ellos y establece mecanismos de seguimiento y control de las obligaciones asumidas por los Estados que al ratificarlo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación de ningún tipo.

Los Estados tienen recursos muy diferentes. El derecho internacional admite el hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales sólo pueda lograrse progresivamente con el tiempo. Sin embargo, la obligación es de respetar y proteger estos derechos y de garantizar que no haya discriminación inmediata. La falta de recursos no es excusa.

Aunque los Estados pueden necesitar tiempo para hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales, esto no implica que nono hagan nada¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Disponible en: www.amnesty.cl. Consultado el 2 de Julio de 2009.

3.1 Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado de Chile.

En el mes de noviembre de 2004, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, manifestó que si bien el Estado de Chile “ha procurado promover la igualdad de género, los estereotipos culturales sobre el papel de ambos sexos siguen menoscabando el disfrute en pie de la igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales por hombres y mujeres”¹⁹⁷.

Para cumplir con lo señalado por el Comité, el Estado de Chile no tiene que realizar otra cosa que asegurar, en la formulación de políticas públicas o en la actuación de los tribunales de justicia, que el goce de los derechos es igual para todos los habitantes de la República.

4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El 16 de diciembre de 1966, este Pacto es adoptado y ratificado por la Asamblea General Resolución 2200 A, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Este Pacto tiene por base el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, ya que no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, siendo esto una constante preocupación para las Naciones Unidas; por lo que impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos y a los individuos la obligación y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

Artículo 3:

¹⁹⁷ HUMANAS, Op. cit. Pág. 271.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 6:

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.

Artículo 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Dentro de los derechos inherentes a la persona humana encontramos el derecho a la vida, el cual debe ser protegido por el Estado Parte. Esto incluiría la protección del derecho a la vida de las mujeres, el cual se ve amenazado en los casos en que no pueden practicarse un aborto terapéutico cuando su vida corre peligro.

Los derechos sexuales y reproductivos exigen a los Estados respetar la libertad individual de cada persona para tomar sus propias decisiones, absteniéndose de cualquier intervención que afecte la capacidad autónoma de cada persona a decidir libremente sobre su sexualidad y reproducción, así como protegerlas de intervenciones o daños de terceros¹⁹⁸.

¹⁹⁸ MATURANA Kesten, Camila. Op. cit. Pág.10.

5. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1979. Chile ratifica esta Convención el 7 de diciembre de 1989.

Esta Convención amplía y profundiza los derechos de las mujeres. Es de carácter vinculante, puesto que, sus cláusulas son obligatorias para los Estados que suscriben y ratifican dicho tratado.

Artículo 1:

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La Convención establece claramente que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana. Esto dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, y constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia entorpeciendo el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Dentro del orden jurídico encontramos el principio de igualdad de hombres y mujeres ante la ley, este principio se logra a través de la adopción de medidas legislativas y de otro carácter para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas. Es por este motivo que hay que establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer garantizándolos de manera adecuada.

Por lo tanto, sería esencial derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer¹⁹⁹.

Artículo 12:

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;

¹⁹⁹ El artículo 2° de la CEDAW condena la discriminación contra la mujer y establece un compromiso político del Estado parte para eliminar esta situación.

Los Estados parte de la Convención sobre la Mujer aceptaron la obligación de hacer frente a la inequidad contra las mujeres abordando “toda forma” de discriminación padecida por las mismas, incluyendo la discriminación en base al sexo, que es una característica biológica, y la discriminación en base al género, que es una construcción social, cultural y psicológica.

La negativa a tratar de manera abierta el problema del aborto terapéutico en Chile, dice relación con la influencia creciente de los medios de comunicación y la Iglesia Católica para imponer una visión de sociedad y del rol que la mujer debe cumplir en ella. Al no reconocer los derechos sexuales y reproductivos, estos sectores identifican a las mujeres exclusivamente con su rol de madre y no aceptan la posibilidad de que ellas ejerzan el derecho a decidir sobre el número de hijos, y el intervalo entre estos.

La falta de voluntad política por parte del gobierno para emprender iniciativas que apunten a evitar el aborto como primera causa de mortalidad materna y resolver la situación de salud pública es un tema de suma urgencia en nuestra sociedad. La penalización a las mujeres que se realizan abortos, con la consiguiente violación a los derechos humanos de estas mujeres.

Para un pleno desarrollo y adelanto de la mujer, los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer en las esferas políticas, sociales, económicas y culturales con el objeto de garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones.

Dentro del cambio sociocultural, es necesario tomar medidas efectivas para modificar los patrones socioculturales con el fin de alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad, superioridad o funciones estereotipadas de mujeres y hombres.

5.1 Recomendación General N° 24 del Comité de la CEDAW:

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Es por esto que el comité decidió, en su 20º período de sesiones, del año 1999, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, hacer una recomendación general sobre el artículo 12 de la Convención:

“19. En sus informes, los Estados Partes deben indicar qué criterios utilizan para determinar si la mujer tiene acceso a la atención médica, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, lo que permitirá determinar en qué medida cumplen con lo dispuesto en el artículo 12. Al utilizar esos criterios, los Estados Partes deben tener presente lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención. Por ello, los informes deben incluir observaciones sobre las repercusiones que tengan para la mujer, por comparación con el hombre, las políticas, los procedimientos, las leyes y los protocolos en materia de atención médica.

20. Las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.

21. Los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para eliminar los obstáculos con que tropieza la mujer para acceder a servicios de atención médica, así como sobre las medidas que han adoptado para velar por el acceso oportuno y asequible de la mujer a dichos servicios. Esos obstáculos incluyen requisitos o condiciones que menoscaban el acceso de la mujer, como los honorarios elevados de los servicios de atención médica, el requisito de la autorización previa del cónyuge, el padre o las autoridades sanitarias, la lejanía de los centros de salud y la falta de transporte público adecuado y asequible.

22. Además, los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para garantizar el acceso a servicios de atención médica de calidad, lo

que entraña, por ejemplo, lograr que sean aceptables para la mujer. Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.

23. En sus informes, los Estados Partes deben indicar qué medidas han adoptado para garantizar el acceso oportuno a la gama de servicios relacionados con la planificación de la familia en particular y con la salud sexual y genésica en general. Se debe prestar atención especial a la educación sanitaria de los adolescentes, incluso proporcionarles información y asesoramiento sobre todos los métodos de planificación de la familia²⁰⁰.

El Comité está preocupado por las condiciones de los servicios de atención médica a las mujeres, tanto en la información como en la calidad de los servicios, y garantizar el acceso a esta atención en las mismas condiciones que el hombre.

5.2 Observaciones Finales del Comité al Estado de Chile para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.

Con fecha 9 de julio de 1999 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, estableció una serie de observaciones, de las cuales se destaca su preocupación ante el inadecuado reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres en Chile. En estas observaciones el comité se manifestó preocupado “en particular, por las leyes que prohíben y penalizan toda forma de aborto. Estas leyes afectan a la salud de la mujer, dan lugar a que

²⁰⁰ Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations. Consultado el 7 de noviembre de 2009.

aumente la mortalidad derivada de la maternidad y ocasionan nuevos sufrimientos cuando las mujeres son encarceladas por violar esas disposiciones”²⁰¹.

5.3 Informe Periódico IV del Estado de Chile ante la CEDAW.

En el mes de abril de 2004 Chile presentó su cuarto informe periódico ante la CEDAW, en el cual se incluyó una descripción detallada de la situación del país con respecto a cada uno de los artículos de la Convención. En este informe el Estado de Chile señaló, entre otras cosas, que “en relación al aborto, el gobierno no se ha planteado considerar en su mandato la despenalización del mismo (.) dada la cerrada resistencia por parte de los medios de comunicación conservadores, sectores religiosos opuestos a toda referencia”²⁰².

5.4 Recomendaciones del Comité de la CEDAW IV al Estado de Chile.

En el mes de abril de 2004, el Comité insistió en que el reconocimiento y la protección de los derechos reproductivos eran inadecuados ya que el aborto no ha sido despenalizado.

El organismo de las Naciones Unidas, exigió adecuar la legislación del país a las Recomendaciones Generales del Comité, a la Declaración de la Conferencia de Beijing y a su Plan de Acción.

Esta efectiva y completa implementación de la Convención es indispensable para el logro de las Metas del Milenio para el Desarrollo.

²⁰¹ HUMANAS, Op. cit. Pág. 298.

²⁰² HUMANAS, Op. cit. Pág. 300.

5.5 Respuesta de la Delegación del Estado de Chile a las Recomendaciones del Comité de la CEDAW IV.

En el mes de abril de 2004, la respuesta del Estado de Chile fue:

- a) Insistir en la aprobación del proyecto de ley sobre derechos sexuales y reproductivos.
- b) Transversalización de la perspectiva de género en las Políticas de Reforma de Salud en Chile.
- c) Distribución masiva de la anticoncepción de emergencia (aborto farmacológico).

Entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. La Convención define el significado de la igualdad e indica cómo lograrla. En este sentido, la Convención establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos²⁰³.

Con fecha 25 de agosto de 2006 el Comité estableció nuevas observaciones entre las cuales destacan 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

²⁰³ Disponible en: www.humanas.cl. Consultado el 5 de Julio de 2009.

como por el hecho de que los abortos clandestinos sean la causa principal de mortalidad materna²⁰⁴.

6. Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

La Convención fue aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975 y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

Esta Convención tiene como fin el respeto del derecho a la vida, la dignidad de las personas, la libertad, entre otros.

Artículo 1:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

La tortura queda totalmente prohibido para los Estados partes, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, puede ser que no sean susceptibles de una tipificación penal, pero, deben estar prohibidos por la ley. Por otra parte, así como es

²⁰⁴ Disponible en: www.un.org/womenwatch/.../cedaw. Consultado el 4 de Julio de 2009.

necesario “regular de manera estricta el estatuto de la legítima defensa para prevenir la violación del derecho a la vida, aquí también es necesario considerar los requisitos de proporcionalidad y necesidad que se exigen para que una conducta que afecta la integridad personal no constituya una violación de la misma. La tipificación como delito, así como la prohibición de las conductas, deben estar acompañadas por las normas procesales pertinentes que permitan el control del cumplimiento de las obligaciones por los tribunales de justicia”²⁰⁵.

Al aplicar la tortura no sólo se comete un delito, infringe la Constitución y atenta contra la dignidad de las personas. Esto es relevante en el caso de la prohibición del aborto puesto que se ha considerado que el obligar a una mujer a llevar a término un embarazo, en ciertas circunstancias, puede ser calificado como un tipo de tortura.

6.1 Comité Contra la Tortura: examen de los informes presentados de los Estados Partes en conformidad con el artículo 19 de la Convención.

El 19 de enero de 2007 este Comité recomienda reformar la Constitución para garantizar la plena protección de los derechos humanos, incluido el derecho a no ser víctima de torturas ni de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en conformidad con la Convención.

También recomienda eliminar la práctica de extraer confesiones a efectos de enjuiciamiento de las mujeres que buscan atención médica de emergencia como resultado de abortos clandestinos y revisar las condenas dictadas en causas en las que se haya admitido como prueba las declaraciones obtenidas mediante coacción en estos casos.

²⁰⁵ MEDINA Quiroga, Cecilia. “Capítulo III: Derecho a la integridad personal”. *En su*: La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Junio de 2005 [en línea]. Disponible en: www.cdh.uchile.cl. Consultado el 24 de Agosto de 2009.

En Chile el aborto provocado es un delito tipificado en el Código Penal. El estatuto administrativo establece el deber general de los funcionarios públicos de denunciar ante la justicia los crímenes o simples delitos que tomen conocimiento en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, la obligación, que impone a cada funcionario, el deber de guardar secreto en los asuntos que revistan carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales, pero ninguna de las normas obliga que los funcionarios de la salud deban interrogar a sus pacientes o que estén facultados para actuar como investigadores de un posible crimen o delito. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico interno no existe norma alguna que condicione la atención de salud, y menos en caso de emergencia o urgencia, a la entrega de información o a la confesión de haber participado la paciente en algún delito o cuasidelito.

Del artículo 1º de la Convención se desprende que el término de tortura se entiende como “la provocación de dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”, por lo tanto, castigar a las mujeres que se someten a un aborto terapéutico por que su vida corre peligro, es una especie de tortura porque causa dolor y sufrimiento, refleja el propósito de intimidar y coaccionar a mujeres y médicos, se trata de imponer una creencia religiosa a costa de la salud, aun cuando el país es laico según la Constitución, y es infligida como política de Estado.

B. Sistema Interamericano (Organización de Estados Americanos).

1. Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”.

Nuestro país ratifica esta Convención el 21 de agosto de 1991. Su publicación en el Diario Oficial fue el 5 de enero de 1991.

Los Estados americanos quieren consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

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.

La obligación de respetar los derechos humanos de todos los individuos y garantizar su ejercicio y goce, son exigencias en el ámbito internacional.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El Estado debe realizar acciones necesarias para asegurar las condiciones establecidas en el artículo 1º. Por lo tanto, el Estado debe asegurar que las normas internacionales sean incorporadas en el derecho interno y evitar discrepancias con las normas internacionales.

Es la ley interna la que debe dar el marco dentro del cual el resto de los órganos del Estado debe operar, “es la ley interna la que debe crear los mecanismos necesarios para que los individuos tengan el derecho de recurrir a los tribunales para exigir el cumplimiento de la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos por parte el Estado”²⁰⁶.

Artículo 4. Derecho a la Vida.

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.

Dentro del marco jurídico internacional, este Convenio es el único que contempla el respeto al derecho a la vida para todas las personas, y “en general” a partir del momento de la concepción. El término *en general* del artículo anterior fue interpretado a raíz del caso Baby Boy v. USA²⁰⁷. A raíz de este caso la Comisión Interamericana examinó la historia fidedigna del establecimiento de este artículo dentro de la Declaración y sostuvo que la expresión “en general” lo que buscaba era hacer compatibles con la Convención las normas de derecho interno de los distintos países que autorizasen el aborto. Por lo tanto, este artículo no tendría el alcance sostenido por el peticionario (en el caso Baby Boy), quien sostenía que la

²⁰⁶ HUMANAS, Op. cit. Pág. 26.

²⁰⁷ El 19 de enero de 1977, Christian S. White y Gary K. Potter interpusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts para los fines establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión. La petición fue presentada mediante una carta firmada por el Sr. Gary Potter, Presidente de Catholics for Christian Political Action. Se estimaba que la víctima fue muerta por proceso de aborto (histerectomía), ejecutado por el Dr. Kenneth Edelin, M.D., en violación del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

autorización del aborto por el derecho interno de un Estado era contraria al artículo 4 de la Convención²⁰⁸.

El Gobierno de Estados Unidos, por su parte, al responder a las importantes cuestiones planteadas por los peticionarios dividió en tres partes su argumento de que no se violaron las disposiciones relativas al derecho a la vida consignadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aun en la hipótesis de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pudiera servir de base para la interpretación del caso. Pero en la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José, las delegaciones de Estados Unidos y Brasil consignaron en acta la siguiente declaración: "Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término la frase *en general*. En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional los casos más diversos de aborto"²⁰⁹. La última expresión enfoca las privaciones arbitrarias de la vida. Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto "arbitrario"? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4²¹⁰. En ninguna Convención o Pacto Internacional se prohíbe de forma absoluta el aborto terapéutico, ni tampoco hay una obligación de penalizarlo.

La Comisión Interamericana en relación a la protección a la vida de la mujer, ha podido constatar que no existen en todos los países de la región estadísticas

²⁰⁸ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia". Estudios Públicos (95): 43-89, año 2004 [en línea]. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html. Consultado el 23 de Octubre de 2009.

²⁰⁹ Disponible en: www.cidh.org En: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 159. Consultado 7 de noviembre de 2009.

²¹⁰ Disponible en: www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnido. En: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n° 23/81, Caso 2141, USA, fecha 6 de marzo de 1981. Consultado 7 de noviembre de 2009.

precisas que revelen las causas de mortalidad femenina. “De acuerdo a la información suministrada, la Comisión ha podido establecer que una cifra elevada de mortalidad materna tiene como causa principal el aborto, por ejemplo Argentina 29,1%; Chile 26%”.²¹¹ Es por este motivo esencial la verdadera protección de derecho de la vida de la mujer, siendo igual de importante que el derecho del que está por nacer.

2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

La fecha de adopción de esta Convención fue el 9 de Junio de 1994. La entrada en vigor internacional el 3 de Mayo de 1995. La ratificación de Chile fue hecha el día 15 de Noviembre de 1996, entrando en vigor en nuestro país el 15 de Diciembre de 1996.

Esta Convención intenta demostrar la importancia de finalizar con la violencia en contra de la mujer, porque la violencia contra la mujer constituye una ofensa a la dignidad humana, y es por eso necesaria la eliminación de la violencia contra la mujer, para el desarrollo de su vida y participación igualitaria en la sociedad.

Artículo 1.

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 a sufrimiento físico, sexual a psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2.

²¹¹ Disponible en: www.cidh.org/women/Mujeres98/Capitulo3. En: Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de mujer en las Américas, Doc. 11, fecha 13 octubre de 1998. Consultado 7 de noviembre de 2009.

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

La eliminación de la violencia contra la mujer es vital para su desarrollo individual y social, es indispensable proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que las afectan. Se podría decir que la prohibición total del aborto sería una especie de violencia síquica por parte del Estado. Por lo tanto, es necesaria una normativa que permita verificar, vigilar y defender los casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres respecto de los derechos sexuales y reproductivos.

C. La Situación de Chile y los Tratados Internacionales Ratificados en Nuestro País, en Relación a la Penalización del Aborto.

En nuestro país el aborto se encuentra absolutamente prohibido, por motivo de esta penalización, su práctica es ilegal, clandestina e insegura, afectando gravemente a las mujeres.

Las mujeres no pueden interrumpir un embarazo aunque esté en riesgo su vida, aunque el feto tenga malformaciones gravísimas e incompatibles con la vida. Esto

implica una total violación de los derechos humanos. “Las leyes que prohíben y castigan un procedimiento médico que sólo se practica a las mujeres constituyen una grave discriminación de género. La penalización del aborto conlleva la violación de los derechos humanos de las mujeres, en especial el derecho a optar libre y voluntariamente por la maternidad”²¹².

Penalizar sin excepción el aborto se obliga a la mujer a padecer sufrimientos que no exige al resto de las personas, esto es, a los hombres. Al realizar esta distinción se puede considerar arbitraria y violatoria la derecho de igualdad. Esta prohibición afectaría derechos subjetivos de la mujer embarazada como su vida o su integridad física o síquica. “El objetivo del aborto es salvar la integridad física de la madre, lo que hace que colisionen en esta situación, dos derechos a la vida. [...]...el médico por ejemplo, se ve en una disyuntiva difícil de resolver; sino practica el aborto, la madre puede morir, y él, violar de esa manera el derecho a la vida de ésta; si lo practica, estaría poniendo término a la vida del feto. Hay veces en que la disyuntiva es todavía más difícil de resolver a favor del feto, puesto que hay casos en que tanto la vida de la madre como la del feto-que es su dependiente- están amenazadas, implicando, la no práctica del aborto, condenar a muerte a los dos”²¹³.

Los derechos humanos no son absolutos, admiten limitaciones con el fin de proteger otros derechos, en relación al aborto “el análisis debe hacerse en torno a la posible colisión del derecho a la vida del feto, y de uno o más derechos de la madre. En este último caso, los derechos de la madre presuntamente involucrados, podrían ser el derecho a la vida, a su integridad física o psicológica, y a su privacidad”²¹⁴.

²¹² MATURANA Kesten, Camila. Op. cit. Pág. 94.

²¹³ SIMPOSIO NACIONAL, Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres: Hablemos de Aborto Terapéutico, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, 1993. Exposición de Cecilia Medina, Pág. 118-119.

²¹⁴ SIMPOSIO NACIONAL, Op. cit. Exposición de Cecilia Medina, Pág. 117.

El derecho de las personas a decidir libremente sobre su sexualidad y reproducción es un derecho humano reconocido en instrumentos jurídicos de valor universal. Esto implica, entre otras cosas, la libre opción sobre la maternidad de acuerdo a los propios proyectos y condiciones de vida²¹⁵.

Es esencial respetar los derechos reproductivos de las mujeres, “permite coincidir en que el aborto terapéutico requiere estar entre las opciones posibles en una sociedad democrática; una sociedad que aplique voluntad política para eliminar la inequidad entre hombres y mujeres, en todas las formas en que ella se expresa”.²¹⁶

En la legislación de nuestro país, “el derecho interno regula la manera de cómo se negocia y ratifica un tratado, pero no da normas claras sobre el momento en que éste puede empezar a invocarse directamente ante los tribunales y sobre la jerarquía del tratado en relación con otras categorías de normas”²¹⁷. La falta de claridad en este tema impide que se resguarden derechos contemplados en los Pactos y Convenciones, siendo fundamental la interpretación de ellos en relación al derecho interno de Chile.

Dentro del tema del derecho internacional, “la incorporación del derecho internacional al derecho interno dice relación con la validez de las obligaciones provenientes de normas del derecho internacional en el plano internacional”²¹⁸.

El respeto a los Acuerdos y Tratados Internacionales suscritos por Chile requiere que se respete el deber de confidencialidad por parte del personal médico y, en consecuencia, que cese deber de denunciar por aborto.

²¹⁵ Disponible en: www.choike.org. Consultado el 5 de Julio de 2009.

²¹⁶ SIMPOSIO NACIONAL, Op. cit. Exposición de María Isabel Matamala y Fanny Berlagoscky, Pág.69.

²¹⁷ *Ibíd.* Pág. 31.

²¹⁸ HUMANAS, Op. cit. Págs. 28-29.

En la doctrina extranjera se sostiene que “está permitido el aborto si éste constituye el único medio para evitar un *serio y directo* peligro para la *vida o salud* de la mujer embarazada, con inclusión de las perturbaciones síquicas graves con peligro de suicidio, como también la probabilidad de una permanente disminución de la capacidad de trabajo”²¹⁹.

De la interpretación del artículo 5º inciso 2 de la Constitución de la República,²²⁰ se puede deducir que en consideración a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales son un límite al poder, el estado debe respetarlos y promoverlos. El constituyente tiene la facultad para disminuir o eliminar el límite al ejercicio de la soberanía.

En la mayoría de los Tratados Internacionales y los Pactos se omite el tema del aborto en general, por lo tanto, no existe ninguna obligación de penalizar el aborto en ningún caso. Para evitar problemas de interpretación, el Estado de Chile debería revisar la penalización absoluta del aborto y evitar el sufrimiento de las mujeres y no vulnerar más sus derechos contemplados en la Constitución y los Pactos, Convenios y Tratados ratificados por Chile.

El Estado debe garantizar el derecho a la vida mediante la despenalización del aborto terapéutico, y asegurar el respeto de otros derechos fundamentales, como son el derecho a integridad física y síquica, la no discriminación, etc.

Es por esto necesaria la apertura de debates nacionales sobre el aborto como un tema de Salud Pública, Derechos Humanos, y Justicia Social, con la participación de representantes de diversos sectores, incluyendo las Organizaciones de Mujeres.

²¹⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Pág. 166.

²²⁰ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Capítulo V: La Argumentación en Torno al Aborto Terapéutico.

El tema del aborto genera gran polémica y produce profundas emociones en las personas. En torno a él se han desarrollado acalorados debates que, en muchas ocasiones, no han contribuido mayormente a encontrar soluciones o mitigar los graves efectos que el aborto tiene sobre la vida de las mujeres.

Como ya hemos visto, en nuestro país el tema del aborto terapéutico ha estado marcado por una discusión que no alcanza la seriedad requerida, donde muchas veces falta la información necesaria para que la población pueda formarse una verdadera opinión sobre este asunto.

Se han presentado muchos argumentos a favor y en contra del aborto terapéutico, algunos de los cuales pudimos ver al revisar la evolución que éste ha tenido dentro de nuestra legislación. A continuación, revisaremos algunos de estos argumentos sostenidos por los distintos sectores para defender o negar la necesidad de reponer el aborto terapéutico dentro de nuestra legislación.

1. El Comienzo de la Vida y el Derecho a la Vida.

La interrogante de cuándo comienza la vida humana ha sido planteada en numerosas oportunidades, y las respuestas que se han dado a esta pregunta han servido de argumento tanto para los sectores que apoyan la penalización absoluta del aborto como para aquellos que abogan por su despenalización parcial o total. El problema pasa por definir el estatuto del embrión o feto durante el embarazo, y en este sentido las preguntas que se plantean son: (a) ¿Desde qué momento debe comenzar la protección de la vida?, y (b) ¿Es el feto o embrión una persona o ser humano, titular del derecho a la vida?²²¹.

²²¹ Es necesario advertir que dentro del debate sobre el inicio de la vida existe una gran confusión respecto del significado de algunos de los términos que se utilizan. En este sentido, se ha discutido sobre que debe entenderse por palabras como “persona”, “vida humana”, “concepción”, etc., lo cual contribuye a hacer aun más complejo este tema. Sobre esto ver RODRIGUEZ Yunta, P. Eduardo. “Derechos del Cigoto desde una

Por un lado, se ha planteado que el embrión o feto es un ser humano o persona desde el momento de la concepción. Esta posición, que ha sido defendida especialmente por la Iglesia Católica, sostiene que el no nacido goza de los mismos derechos que todas las personas ya nacidas, incluido el derecho a la vida, y que por lo tanto el aborto, aun cuando sea realizado para salvar la vida de la madre, sería lo mismo que un homicidio²²². Para esta postura existiría, desde la unión de los gametos femenino y masculino, un “principio o destello de vida humana” el cual sería destruido por el aborto²²³.

Por otra parte, se ha dicho que “la vida”, o más correctamente, el embarazo, no comienzan con la fecundación sino que en un momento posterior, que se ha fijado en la implantación del óvulo fecundado en el útero materno²²⁴. Se ha reconocido que si bien el cigoto, el embrión y el feto tienen el potencial para convertirse en una nueva persona, el darles la calidad de tal, con los mismos derechos de los que goza el ya nacido, no sería adecuado. Para algunos, la protección jurídica de la vida del feto debe comenzar cuando el sistema nervioso central comienza a integrar las funciones corporales, lo cual permitirá a la larga sentir dolor y desarrollar las funciones cognitivas. Para otros, el inicio de la vida estaría marcado por el inicio de la vida cerebral, lo cual sería compatible con la definición legal de muerte como “muerte cerebral”²²⁵. Se ha considerado que la vida cerebral comienza hacia el final de las 12 semanas de gestación, o setenta días después de la fecundación.

Ahora bien, debido a que es prácticamente imposible determinar con seguridad en que momento comienza la vida , se hace igualmente difícil establecer si el embrión

Perceptiva Biológica y Metafísica”. Revista Chilena de Derecho, 28 (2): 263-270, abril-junio de 2001, y BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. Cit. Pág. 39-42.

²²² UGARTE Godoy, José Joaquín. El Derecho de la Vida: el Derecho a la Vida Bioética y Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. Pág. 330.

²²³ VARELA Del Solar. “Derechos Humanos y Aborto”. Revista de Derecho Público (47-48): 195-218, diciembre-enero de 1990.

²²⁴ Así lo ha señalado la OMS y la FIGO (The International Federation of Gynecology and Obstetrics). BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. Cit. Pág. 40.

²²⁵ *Ibíd.* Pág. 41.

o feto son titulares del derecho a la vida, y si lo son, desde qué momento o en qué condiciones.

En nuestro país el derecho a la vida fue introducido en nuestro sistema como garantía constitucional por la Carta de 1980. Este derecho no se encontraba contemplado de forma expresa dentro del artículo 10 de la Constitución de 1925, que se refería a las garantías constitucionales. Los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución acordaron consagrar constitucionalmente el derecho a la vida, en primer término, como el más primordial de todos los derechos²²⁶. Así, el artículo 19 N° 1 de la Constitución vigente señala que:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.”

Respecto del derecho a la vida consagrado en el inciso primero del artículo 19 N° 1, no existen mayores problemas. Resulta claro que este derecho, el cual comprende el derecho a la integridad física y psíquica, significa que todo ser humano (nacido) tiene el derecho esencial de conservar su vida y de exigir que el ordenamiento jurídico se la proteja contra atentados de la autoridad y de particulares²²⁷. Sin embargo el inciso segundo, que señala que la ley protege la vida del que está por nacer, ha sido objeto de diversas interpretaciones con distintas e importantes consecuencias respecto del tema del aborto. Por un lado se ha sostenido que en virtud de esta disposición se debe considerar al nasciturus titular del derecho a la vida en los mismos términos que los seres humanos ya nacidos. De ello se desprendería una prohibición absoluta de dar muerte al no nacido, por lo cual toda forma de aborto se encontraría proscrita. De acuerdo con

²²⁶ COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA (CENC). Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Santiago de Chile, 1976-1988. Sesión 87ª, celebrada el 14 de Noviembre de 1974, Pág. 4.

²²⁷ EVANS de la Cuadra, Enrique. Op. cit. Pág. 113.

esta postura, la Ley 18.826, que prohibió todo tipo de aborto, no sería más que una “conclusión derivada y necesaria” del artículo 19 N° 1 inciso segundo y la “manifestación de la intención del Constituyente”²²⁸.

Esta interpretación es adoptada por Ángela Vivanco Martínez²²⁹, quien sostiene que el mandato que la Constitución le impone a la ley de proteger la vida del no nacido, es emblemático, puesto que con él la Constitución estaría considerando que la vida se inicia en el momento de la concepción del ser humano. El artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución buscaría proteger al embrión humano con calidad de persona, lo cual habría tenido como consecuencia legislativa la dictación de la Ley 18.826. La autora señala que la remisión de la Constitución a la protección legal del no nacido no significa que éste no tenga derecho constitucional a la vida y sólo una protección legal. Niega que con esta disposición se haya entregado al legislador la facultad de decidir cuando proteger la vida del no nacido y cuando no.

Esta interpretación también se encuentra presente en el proyecto de ley del año 2006, revisado en el Capítulo II, que busca precisar las conductas penadas en relación al delito de aborto²³⁰. Los fundamentos de este proyecto comienzan refiriéndose al gran avance para la institucionalidad jurídica de nuestro país que representa la consagración del derecho a la vida y “el reconocimiento del niño por nacer como persona humana”. Así, los autores de este proyecto, los diputados Francisco Chahuán y Roberto Sepúlveda, inician su exposición con una afirmación que equivale a interpretar que el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución es un reconocimiento de que el no nacido tiene la calidad de persona, y por lo tanto es titular del derecho a la vida. A continuación, sostienen que “este tipo de aborto (el terapéutico) niega la condición de persona del niño por nacer y

²²⁸ Así lo señala PRECHT Pizarro, Jorge E. Op. cit. Pág. 516 y 522.

²²⁹ VIVANCO Martínez, Ángela. “El Derecho a la Vida y la Discusión acerca del Concepto de Persona Humana en el Ámbito Constitucional”. Revista Chilena de Derecho, 28 (2): 467-480, abril-junio de 2001.

²³⁰ Proyecto de ley: “Modifica disposiciones que indica del Código Penal y del Código Sanitario, con el fin de precisar las conductas penadas en relación con el delito de aborto”. Fecha de ingreso: 22/08/2006. N° de Boletín 4447-11.

en consecuencia (...) no sólo no tiene cabida en la legislación, sino que contraviene los principios de la Carta Fundamental”²³¹, lo cual reafirma esta idea.

Una segunda interpretación respecto del alcance del artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución se desprende del análisis de la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional. Quedó constancia en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que el tema del aborto surgió a raíz de la discusión sobre el derecho a la vida. El señor Jaime Guzmán Errázuriz planteó, dentro de esta discusión, que de la consagración del derecho a la vida fluía la necesidad de condenar el aborto para garantizar así la vida del niño que está por nacer²³². De acuerdo a lo planteado por Antonio Bascuñan Rodríguez, la propuesta hecha por Jaime Guzmán puede resumirse en que éste buscaba que se incorporaran en el texto constitucional dos principios básicos:

- a) El reconocimiento expreso al nasciturus del derecho a la vida asegurado como derecho fundamental por la Constitución.
- b) Como consecuencia de lo anterior, la expresa proscripción o condena del aborto en términos absolutos²³³.

La mayoría de los miembros de la Comisión no estuvieron de acuerdo con esta propuesta por diversas razones. Enrique Evans consideró que ella se basaba en convicciones morales y religiosas, las cuales dijo compartir, sin embargo señaló que le parecía dudoso que se tuviera el derecho a proyectar esta concepción personal e individual a la vida colectiva en una sociedad pluralista²³⁴. Jorge Ovalle, por su parte, se mostró de acuerdo con Evans, estimando que no se podía pretender proyectar las convicciones religiosas de cada uno de los miembros de la

²³¹ *Ibíd.* Pág.1.

²³² CENC. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Op. cit. Sesión 87ª, celebrada el 14 de Noviembre de 1974, Pág.12.

²³³ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Píldora del Día Después...”, op. cit. 55.

²³⁴ CENC. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Op. cit. Sesión 87ª. Pág.14.

Comisión en una Constitución que estaba destinada a regir a todos los chilenos, católicos o no. Señaló, además, que no era partidario de prohibir absolutamente el aborto pues consideraba que existen situaciones en las cuales éste está justificado, como sería el caso del que se practica cuando el embarazo es producto de una violación²³⁵. El Presidente de la Comisión, Enrique Ortúzar, se refirió al tema del comienzo de la vida. Estimó que el comienzo del derecho a la vida era algo relativo en cuanto a su inicio, mientras que el derecho de la madre a la vida, en cambio, era algo tangible que nadie podría discutir. Asimismo, consideró que se trataba de un problema que se debía estudiar desde un punto de vista social, tomando en cuenta las necesidades colectivas²³⁶.

En definitiva la propuesta de Jaime Guzmán fue rechazada por la Comisión, la cual decidió, en cambio, tomar la sugerencia hecha por Enrique Evans de incorporar la frase “la ley protegerá la vida del que está por nacer”, la cual fue tomada del artículo 75 del Código Civil. Evans expresó que al incluir esta frase se podría consagrar el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador pudiese, en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad²³⁷. Durante la Sesión 90ª se discutió sobre el alcance de esta posible norma, puesto que a Alejandro Silva Bascuñan le preocupaba que pudiera entenderse que con esta disposición que se estaba concediendo la libertad al legislador para determinar de manera soberana y arbitraria como se protegería la vida del que está por nacer, de modo que el legislador quedaría libre para hacer lo que quisiera en esta materia²³⁸. Finalmente, los miembros de la Comisión acordaron incluir la protección de la vida del que está por nacer, haciendo así una diferencia entre la protección dada a la vida del ya nacido y la dada a la vida del nasciturus. Respecto de la segunda no existiría una prohibición absoluta de atentar contra ella, como si existe respecto de la vida de los ya nacidos. Con esta disposición se otorgaría un margen al legislador para

²³⁵ *Ibíd.* Sesión 87ª. Pág. 12 y 16.

²³⁶ *Ibíd.* Sesión 87ª. Pág. 15.

²³⁷ *Ibíd.* Sesión 87ª. Pág. 14.

²³⁸ *Ibíd.* Sesión 90ª. Pág. 15.

despenalizar ciertas figuras de aborto. Ahora bien, esta disposición no permitiría al legislador despenalizar de manera absoluta el aborto, sino que únicamente ciertos casos, puesto que el mandato otorgado es para proteger la vida del que está por nacer.

Lo anterior quedaría claro en una de las intervenciones de Enrique Ortúzar, en la cual se señala que “...se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política²³⁹”.

Por lo tanto, una segunda interpretación del artículo 19 N° 1 inciso segundo sostendría que el no nacido sería titular del derecho a la vida, pero el peso específico de este derecho no sería igual al peso específico del derecho a la vida reconocido para los ya nacidos. Como consecuencia de esta diferencia no existiría una prohibición absoluta del aborto²⁴⁰.

Esta interpretación es adoptada por Enrique Evans de la Cuadra²⁴¹, quien señala que la vida está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal desde que se inicia la gestación. Además, considera que el artículo 19 N° 1 inciso segundo constituye un encargo al legislador para que rechace la interrupción provocada del embarazo y la legislación permisiva del aborto. A pesar de esto, indica que existe

²³⁹ Ibíd. Sesión 90ª. Pág. 16.

²⁴⁰ BASCUÑAN Rodríguez plantea que esta es una de las posibles interpretaciones frente al problema de cómo interpretar el artículo en cuestión, problema que surge debido a la forma paradójica que tuvo la Comisión para expresar su voluntad mayoritaria: para relativizar las consecuencias de la protección de la vida del nasciturus, el voto mayoritario de la Comisión estableció un *mandato de protección* de esa vida. “La Píldora del Día Después...”, op. cit. Pág. 59.

²⁴¹ EVANS de la Cuadra, Enrique. Op. cit. Pág. 113-114.

en el mismo precepto un “mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados”. Por lo tanto, lo que la ley no podría autorizar sin infringir la Constitución sería la práctica masiva del aborto común.

Una tercera interpretación del artículo en comento sostendría que esta norma implica que la Constitución protege al nasciturus mediante la incorporación en su texto de una regla que anteriormente sólo tenía rango legal (el artículo 75 del Código Civil), lo cual hace de la vida del nasciturus un objeto de protección legal, pero sin hacer al nasciturus un titular del derecho constitucional a la vida. De acuerdo con lo señalado por Antonio Bascuñan Rodríguez²⁴², quien sostiene esta interpretación, si se considerará al nasciturus como titular del derecho a la vida, entonces no podría deducirse lógicamente de un imperativo de protección una autorización para no cumplir en toda su extensión con el deber de protección deducible del derecho a la vida del nasciturus. Una norma imperativa que contiene un deber de actuar de una determinada forma, no puede interpretarse como una norma permisiva que autoriza a la abstención de ese modo de actuar. Por lo tanto, bajo la segunda interpretación, no podría afirmarse que del deber de proteger el derecho a la vida del nasciturus se desprende una autorización para no hacerlo en ciertos casos.

Para Bascuñan, una interpretación de esta norma constitucional que sea leal con la distinción expresada por el texto constitucional (entre el derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer), que además respete la voluntad normativa que subyace al texto constitucional y que sea compatible con el sentido literal de los preceptos, debe partir de la base que el voto de mayoría de la Comisión De Estudios de la Nueva Constitución, que rechazó la propuesta de Jaime Guzmán, eludió la declaración expresa del nasciturus como persona o titular del derecho a la vida, e incorporó en su lugar en el texto constitucional una disposición del Código Civil. De esta forma, la Constitución protegería la vida de las personas reconociéndoles un derecho subjetivo público a la vida, mientras que

²⁴² BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Píldora del Día Después...”, op. cit. Pág. 61-66.

al nasciturus lo protegería de otro modo, mediante su declaración como objeto de protección imperativa para el legislador, ello, precisamente, ante la necesidad de compensar la ausencia de un derecho subjetivo público a la vida de éste. Como consecuencia de esta interpretación, Bascuñan señala que no es posible fundamentar conclusivamente la existencia de una norma de comportamiento correlativa, es decir, que si se reconoce al nasciturus como objeto de protección, esto no permite afirmar tajantemente que exista una prohibición de atenta contra este objeto. Este último punto quedaría sujeto a una decisión interpretativa.

El artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución establece una protección indirecta al nasciturus. Ello ya que a través de esta norma se establece un deber cuyo destinatario es el legislador. Al elevar de rango el imperativo de protección legal del que está por nacer, ya no podrá ser válida una decisión del legislador que desproteja injustificada, arbitraria o absolutamente al nasciturus. Existe un efecto de mayor protección del nasciturus y una restricción en el ámbito de prerrogativa de decisión del legislador. Lo anterior parece bastante claro, sin embargo lo que queda por ser interpretado es si de este precepto constitucional es posible asegurar que existe además una protección directa.

Para quienes estiman que sí la hay, entonces el imperativo de protección de la vida del nasciturus, dirigido al legislador, significa que la vida de éste no es irrelevante para la Constitución; existe en ella una opción por la vida del nasciturus oponible a la voluntad contraria de una eventual mayoría democrática. La vida del nasciturus sería un bien jurídico constitucional protegido, lo cual permitiría afirmar, que habría una prohibición constitucional de atentar contra la vida del nasciturus. Para quienes estiman lo contrario, es decir, que la protección constitucional del nasciturus sería exclusivamente una protección indirecta, del imperativo de protección dirigido al legislador se deduciría “no sólo una opción constitucional por la vida del nasciturus, sino además una opción constitucional por el medio o forma de asegurar esa opción, cual es, imponer a los órganos colegisladores un deber

(supralegal) de establecer una adecuada protección legal²⁴³”. Así, la norma constitucional sólo encontraría como destinatario al legislador. Conforme a esto, la protección constitucional al nasciturus sería sólo indirecta, mediada por la necesaria intervención de la protección legal. Por ello, un atentado a la vida del no nacido no podría ser considerado como constitutivo de un ilícito constitucional.

Por último, quisiéramos apuntar que los debates en torno al comienzo de la vida no han resultado muy productivos a la hora de avanzar para encontrar soluciones al grave problema del aborto. Creemos que la discusión sobre esta materia, además de poco productiva, no resulta decisiva a la hora de tratar temas como el aborto terapéutico. En este sentido, coincidimos con la idea planteada por Bascuñan Rodríguez, quien señala que aun cuando se reconociera que el nasciturus tiene la calidad de persona y es titular del derecho a la vida, “no podría deducirse de ello una prohibición absoluta de causar un aborto. No existe prohibición absoluta de cometer un homicidio. El homicidio cometido en legítima defensa propia, de parientes o de un tercero extraño es una acción lícita²⁴⁴”.

1.2 Los Argumentos de la Salud.

Los argumentos que se refieren al tema de la salud giran en torno a distintos puntos. En primer lugar, esta línea argumental se vincula con los efectos que trae la penalización del aborto. La prohibición absoluta del aborto trae principalmente dos consecuencias en el plano de la salud: el aumento del número de abortos clandestinos y el aumento de las muertes maternas, producto de los mismos.

En nuestro país no existen cifras confiables sobre la cantidad de abortos que se realizan al año, pero se ha estimado que la cifra llegaría hasta los 160.000 abortos anuales²⁴⁵, a pesar de estar éste absolutamente prohibido. La penalización

²⁴³ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Píldora del Día Después...”, op. cit. Pág. 66.

²⁴⁴ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág. 158.

²⁴⁵ Esta cifra sitúa a Chile como uno de los países que presentarían la incidencia de aborto ilegal más alta en la región, junto con Perú. “¿Unsafe Abortion en Chile?”. Editorial, Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, 73 (6): 359-361, 2008 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-75262008000600001&script=sci_arttext. Consultado el 2 de Noviembre de 2009.

absoluta del aborto no disminuye el número de abortos que se practican anualmente, pero sí significa que la mayoría de los abortos clandestinos que se realizarán serán “abortos inseguros”²⁴⁶, esto, en parte por el mismo hecho de encontrarse estos al margen de la ley, y por que los abortos ilegales pero seguros, realizados por médicos capacitados y con los medios necesarios, tendrán un alto costo que las mujeres de menores recursos no podrán pagar. Así, los abortos inseguros constituyen una grave amenaza para la salud de las mujeres, las cuales muchas veces sufren complicaciones inmediatas y a largo plazo debido a ellos. Algunas de las complicaciones inmediatas que suelen sufrir las mujeres que se someten a abortos inseguros, realizados por personal no capacitado o en condiciones poco adecuadas, serán hemorragias, lesiones traumáticas o químicas de los genitales u otros órganos, infecciones y reacciones tóxicas a los productos ingeridos o aplicados. Además, a mediano y largo plazo, las mujeres que se someten a este tipo de procedimientos pueden requerir, como tratamiento, la extirpación de órganos como las trompas, ovarios o útero, lo cual evidentemente puede resultar en infertilidad²⁴⁷.

La consecuencia más dramática de los abortos inseguros es, sin lugar a dudas, el gran número de mujeres que mueren debido a las complicaciones derivadas de las malas condiciones en las cuales se llevan a cabo estas intervenciones. Las muertes como resultado de abortos inseguro han elevado las tasas de mortalidad materna especialmente en los países en desarrollo en los cuales estas intervenciones son ilegales y por lo tanto inseguras, como es el caso de nuestro país²⁴⁸.

En Chile, los problemas para la salud de las mujeres que trae la prohibición absoluta del aborto se ven agravados aun más por la existencia de una norma

²⁴⁶ La OMS ha definido el aborto inseguro como “un procedimiento para poner fin a un embarazo no deseado, sea realizado por personas que carecen de las aptitudes necesarias o en un ámbito en el que no se cumplen los mínimos criterios médicos, o con la concurrencia de ambas circunstancias”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). “Aborto Sin Riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud”, 2003. Pág. 14 [en línea]. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf

²⁴⁷ BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. cit. Pág. 60-61.

²⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 59.

legal que obliga a los médicos y otros profesionales de la salud a denunciar cuando “notaren en una persona o un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito”. Esta obligación, establecida por el artículo 175 letra d) del Código Procesal Penal, significa que las mujeres que llegan a hospitales a atenderse producto de las complicaciones derivadas de la práctica de abortos clandestinos, corren el riesgo de ser denunciadas por los mismos médicos que las atienden. Así, las mujeres que se han realizado un aborto y que han tenido complicaciones producto de éste, tienen dos alternativas: acudir al hospital en busca del tratamiento que necesitan, arriesgándose a ser denunciadas; o no hacerlo, con el riesgo que ello implica para su salud e incluso su vida. Esta obligación, además de traer las consecuencias ya señaladas, va en contra del deber del médico de guardar la confidencialidad respecto de la información relativa a su paciente²⁴⁹.

Como señalábamos en el Capítulo IV, diversos organismos internacionales han manifestado a Chile su preocupación por la prohibición absoluta del aborto existente en nuestro país y por las consecuencias que los abortos inseguros traen para la vida y salud de las mujeres. Asimismo, estos organismos han expresado su preocupación por la existencia de la norma ya referida que impone el deber de denunciar a los médicos²⁵⁰. Esta situación es destacada en el proyecto de ley²⁵¹ que busca modificar los artículos 345 del Código Penal y 119 del Código Sanitario para despenalizar el aborto en casos en que exista “peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud”. En sus fundamentos, este proyecto señala

²⁴⁹ El Código de Ética del Colegio Médico de Chile regula el secreto profesional en sus artículos 29 a 38. Dentro de estos artículos destacan los siguientes:

Artículo 30. “En la relación entre médico y paciente es condición indispensable asegurar la confidencialidad de toda información que surja en la atención profesional, siendo el médico responsable de su cautela”.

Artículo 31. “El médico debe guardar confidencialidad de toda información relativa a su paciente, ya sea que la obtenga de un relato verbal de aquél, o en virtud de los exámenes o intervenciones quirúrgicas que le practique”.

²⁵⁰ MEDINA Quiroga, Cecilia. “La situación de los Derechos Humanos de las Mujeres según el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Observaciones Finales realizadas por el Comité al Cuarto Informe Periódico de Chile”. En: Anuario de Derechos Humanos N° 3. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2007. Pág. 152 [en línea]. Disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/7-SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalI_MedinaQuiroga.pdf.

Consultado el 29 de Octubre de 2009.

²⁵¹ Proyecto de ley: “Protege la vida de la mujer ante las interrupciones de embarazos en casos que indica”. Fecha de ingreso: 18/01/2007. N° de Boletín 4845-11.

que el Estado de Chile ha sido exhortado en numerosas oportunidades para que modifique su legislación vigente a fin de permitir la realización de abortos en ciertas circunstancias, como para proteger la vida y la salud de las mujeres, incluyendo la salud mental. Además, señala que se le ha recomendado al Estado de Chile revisar las normas que imponen la denuncia de las mujeres que solicitan atención a las complicaciones derivadas de abortos, garantizando la confidencialidad en la atención médica, así como tratamiento médico inmediato y sin condiciones. El proyecto de ley destaca que estas recomendaciones hechas al Estado de Chile por organismos como el Comité de Derechos Humanos, El Comité Contra la Tortura y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han sido desoídas por nuestro Estado, aun cuando la mantención de la penalización absoluta del aborto deriva en la muerte de mujeres por abortos inseguros.

De esta forma, los argumentos sobre la salud que se refieren a los efectos de la penalización destacan las consecuencias que ello trae para la salud de las mujeres. En este sentido, señalan que la opción de prohibir el aborto de forma absoluta no ayuda a disminuir las tasas de aborto, sino que sólo logra que los abortos se practiquen en la clandestinidad y en condiciones inseguras y perjudiciales para la salud de las mujeres. La legislación prohibitiva del aborto no logra un mayor resguardo para el no nacido, ya que los abortos se siguen practicando, pero en malas condiciones. Además, esta legislación tampoco contribuye en nada a mejorar la situación de las mujeres, quienes no podrán someterse en forma legal a un procedimiento médico que necesitan, lo cual las llevará a practicarse abortos inseguros que muchas veces acabaran con grave daño para su salud o incluso con la muerte²⁵².

²⁵² FERNÁNDEZ V., Mariano. “Estado de la discusión en materia de aborto. La regla de penalización como un problema grave para las mujeres”. En: Proyecto de Investigación: “Incorporación de perspectiva de género al NCP”. Dirigido por Myrna Villegas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, financiado por Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), Santiago, 2007. Pág. 2.

En segundo lugar, los argumentos respecto de la salud cobran especial importancia en el caso del aborto terapéutico, puesto que éste se practicará para resguardar la vida y salud de la mujer cuando ésta se encuentre en peligro por distintas circunstancias. Se señala que negarle la posibilidad a una mujer de someterse a un aborto terapéutico cuando su salud pelagra gravemente como consecuencia o por causa del embarazo, significa negarle su derecho a la salud y la integridad física y síquica, los cuales, como ya hemos visto, se encuentran reconocidos no sólo dentro de nuestra Constitución, sino que también en una serie de tratados y convenciones ratificados y vigentes en Chile. Al ser ilegal la interrupción del embarazo aun cuando pelagra la vida o la salud de la mujer, y aun cuando existen razones médicas fundadas, se genera una vulneración de los derechos de las mujeres.

Los argumentos relacionados con la salud también han sido utilizados para negar la necesidad de incorporar el aborto terapéutico dentro de nuestra legislación. Como vimos en el Capítulo II, cuando analizábamos la Ley 18.826, que prohibió de manera absoluta el aborto dentro de nuestra legislación, se ha justificado la eliminación del aborto terapéutico en el hecho de que éste se encontraba en desuso puesto que producto de los avances tecnológicos en el campo de la medicina, ya prácticamente no existirían situación en las cuales se requiera practicar un aborto para salvar la vida o salud de la madre²⁵³. Estos argumentos, que han sido rebatidos por expertos médicos en varias oportunidades, parecen no considerar que la medicina no es una ciencia exacta, y que si bien los avances científicos y tecnológicos han permitido curar un gran número de enfermedades, existen nuevas patologías, tanto síquicas como orgánicas, que hacen necesaria la interrupción del embarazo en determinados casos. Cabe tener presente, además, que países de reconocido desarrollo científico y tecnológico mantiene hasta el día de hoy dentro de su legislación normas que permiten el aborto terapéutico²⁵⁴.

²⁵³ A esto se refieren UGARTE Godoy, José Joaquín. Op. cit. Pág. 329; y PRECHT Pizarro, Jorge E. Op. cit. Pág. 510-511.

²⁵⁴ A ello se refiere SANHUEZA Romero, Juana. Op. cit. Pág. 31.

Algunos de los proyectos de ley que buscan la reincorporación del aborto terapéutico dentro de nuestro ordenamiento se refieren a este último punto, destacando dentro de sus fundamentos la existencia de enfermedades que pueden poner en riesgo la vida o la salud de la madre y que hacen necesaria la interrupción del embarazo. El proyecto presentado el año 2003 por un grupo de diputados²⁵⁵ y que busca reponer el aborto terapéutico tal como éste se encontraba concebido en el antiguo artículo 119 del Código Sanitario, se refiere a “la existencia de patologías que, en opinión de especialistas prestigiados de la comunidad médica, ameritan la interrupción del embarazo”. El mismo proyecto incluye una lista con algunas de estas patologías, dentro de las cuales se encuentran la rotura de la bolsa amniótica, la infección del huevo o la sepsis materna, el embarazo ectópico tubárico u ovárico, las enfermedades trofoblásticas como la mola, la embolia amniótica pulmonar, entre otras. Estas mismas patologías son señaladas en otro proyecto de ley²⁵⁶, presentado en el año 2006 por el senador Nelson Ávila, donde se indica que ellas pueden poner en riesgo la vida de la madre.

1.3. El Principio de la Exigibilidad Diferenciada.

El profesor Antonio Bascuñan Rodríguez²⁵⁷ ha planteado como argumento para la despenalización parcial del aborto en nuestro país, la existencia de un principio constitucional de exigibilidad diferenciada. Este autor sostiene que en nuestro ordenamiento existe para la mujer un deber de tolerar el embarazo, propio de un deber de solidaridad. Sin embargo, de acuerdo con una correcta interpretación de la Constitución, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es una exigibilidad diferenciada. La exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo sería inconstitucional, puesto que el orden constitucional exigiría, en los casos en que

²⁵⁵ Proyecto de ley: “Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico”. Fecha de ingreso: 23/01/2003. N° de Boletín: 3197-11

²⁵⁶ Proyecto de ley: “Sobre interrupción del embarazo”. Fecha de ingreso: 19/12/2006. N° de Boletín 4751-11.

²⁵⁷ Lo expuesto aquí respecto de lo planteado por Antonio Bascuñan Rodríguez en relación al principio de exigibilidad diferenciada fue tomado de los artículos “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno” publicado en la Revista de Derecho y Humanidades, ya citado anteriormente; y el artículo “La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia”, también citado.

existe un conflicto entre los intereses personalísimos de la madre dignos de protección constitucional y los del feto, que se realice una ponderación de estos intereses en conflicto de acuerdo con un mandato de optimización.

Para sostener esto, Bascuñan Rodríguez comienza por referirse al deber de tolerar el embarazo que pesa sobre la mujer. Señala que el fundamento de justicia política de la prohibición del aborto consentido no se deduciría de la prohibición de dar muerte a otro ser humano. Ello ya que la prohibición de matar es un deber de no causar daño a otro, que sólo impone a su destinatario una restricción de su libertad general de acción. La prohibición del aborto consentido, en cambio, implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de sus intereses propios en beneficio de otro. No habría sólo una restricción a su libertad de acción, sino que se le exigiría una contribución al bienestar del feto la cual, desde el punto de vista de la justicia política, sería propia de un deber de solidaridad. Este deber de la mujer de tolerar el embarazo, para el autor, no tiene comparación con ningún otro deber de solidaridad de nuestro ordenamiento jurídico. Ningún otro ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejante respecto de otro ser humano nacido.

Bascuñana Rodríguez parte de la base que todo embarazo no consentido implica una situación de estado de necesidad resuelta por el legislador en contra de los intereses de la mujer (puesto que el aborto se encuentra prohibido en toda circunstancia), contando con el apoyo constitucional. La pregunta que hay que responder entonces, a la luz de la Constitución, es hasta dónde puede legítimamente llegar el sacrificio de los intereses de la mujer exigible como medio para salvaguardar el interés en la vida del feto.

Para el autor, sostener que la respuesta a la interrogante de hasta dónde puede legítimamente llegar el sacrificio de los intereses de la mujer fue dejada sólo a la legislación, es decir, que este problema debe ser resuelto únicamente por el legislador, es erróneo. Bascuñan basa esta afirmación en dos consideraciones:

- a) Primero, señala que la existencia en la Constitución de un imperativo de protección de la vida del nasciturus representa un estándar de control de la constitucionalidad de la decisión legislativa acerca de la autorización de acciones que ocasionen la muerte de seres humanos no nacido. Así, el orden constitucional debe proveer algún punto de apoyo para delimitar las autorizaciones legislativas que están conformes a la Constitución de las que son contrarias a ella. A la Constitución no le es indiferente cualquier autorización del aborto consentido que establezca el legislador.

- b) En segundo lugar, si las excepciones a la prohibición de matar al nasciturus se basan en supuestos de colisión de intereses, cuando los intereses que deben ser defendidos por medio de la muerte del nasciturus tienen rango constitucional, entonces podemos decir que se trata de un conflicto de principios constitucionales. Por lo tanto el criterio para solucionar estos conflictos debe encontrarse en la misma Constitución. Este criterio sería la ponderación de estos intereses o principios en conflicto.

A continuación, el autor señala que en este sentido la situación bajo la Constitución chilena es igual a la situación bajo la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, motivo por el cual resulta importante para Bascuñan referirse a la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) sobre esta situación.

El TCF consideró que bajo la Ley Fundamental de este país existía un deber de protección de la vida del nasciturus y que el cumplimiento de este deber requería de una prestación normativa por parte del Estado. Este deber además exigía que la protección de la vida del nasciturus fuera dispensada aun en contra de la voluntad de la mujer embarazada. Este deber tendría prioridad por sobre el cumplimiento del deber de abstenerse de afectar los intereses personalísimos de la mujer. A pesar de esto el TCF señaló que existían dos salvedades:

- a) La exigencia al Estado de prestaciones normativas como modo de satisfacer el deber de protección de la vida del nasciturus no implica necesariamente el uso de la protección penal. Lo que se exige es una protección adecuada (idónea, necesaria y proporcionada).

- b) Sostiene que el deber de protección de la vida del nasciturus no implica la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo. Dado el carácter de conflicto de derechos que implica el embarazo, es posible que en circunstancias excepcionales los intereses personalísimos de la mujer adquieran un peso específico tal que se haga inexigible este deber de solidaridad. En estos casos es la propia Constitución la que brinda el fundamento de la autorización estatal a la práctica del aborto como medio para salvaguardar estos intereses de la mujer.

Para Bascuñan lo más relevante es este último punto, es decir el fundamento constitucional de las autorizaciones para la práctica de abortos. Para el TCF estas autorizaciones están basadas en juicios de ponderación de conflictos de intereses de relevancia constitucional. En este sentido se trataría de ponderaciones vinculantes para el legislador en todo el margen en que ellas puedan validamente serlo conforme al principio de proporcionalidad. En definitiva como se trata de conflictos de intereses constitucionales, la validez de la solución del legislador se encuentra sometida a control de constitucionalidad. En la solución de estos conflictos el Estado está obligado por un mandato de optimización, el cual impone el deber de procurar la máxima realización posible, conforma a las posibilidades, de ambos intereses en conflicto. Es debido a este mandato que el legislador no puede resolver el conflicto de modo unilateral, sacrificando en toda circunstancia o por completo uno de los intereses en favor del otro.

Ahora bien, esto se complica en el caso del embarazo no deseado, puesto que esta situación, por sus especiales características, requiere que para salvaguardar

los intereses personalísimos de la mujer se sacrifique de forma total e irreparable el otro interés en conflicto, que es la vida del feto. Es por esta razón que el TCF no acepta el sistema de plazos, sin embargo, en virtud del principio de proporcionalidad, el deber de solidaridad de la mujer tampoco puede afirmarse en toda circunstancia. Por ello “la afectación de los intereses personalísimos de la mujer por encima del margen de afectación inherente al deber de solidaridad altera la solución y plantea la posibilidad de otorgar legítima prioridad a los intereses de la mujer²⁵⁸”. Lo decisivo, entonces, es la afectación inusualmente intensa de un interés de la mujer digno de protección constitucional. El TCF estima que esto ocurre en los casos de la indicación médica o terapéutica, la eugenésica, la criminológica e incluso la social.

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, Bascuñan afirmar que conforme a nuestra Constitución la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es una exigibilidad diferenciada. La medida de referencia de esta exigibilidad estaría dada por la propia configuración del conflicto de intereses conforme. Hay, para el autor, un cierto margen y grado de afectación de intereses personalísimos de la mujer que es inherente al estado de embarazo. Por lo tanto la exigibilidad de tolerar el embarazo implica aceptar la afectación de estos intereses en ese margen y grado. Sin embargo cualquier situación en que el embarazo origine para la mujer un sacrificio de sus intereses por encima de este margen y grado pone en cuestión la exigibilidad de tolerarlo.

Será el legislador el llamado a decidir estas situaciones de conflicto de intereses de relevancia constitucional. Bascuñan señala que entre los años 1931 y 1989 el legislador chileno dio una solución diferenciada en esta situación, sin embargo, a partir de este año, el legislador ha pretendido sacrificar unilateralmente los intereses de la mujer en favor de la vida del nasciturus, sin considerar el margen o grado de la afectación de estos intereses. Para el autor esta exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo es manifiestamente inconstitucional, ya que el

²⁵⁸ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág. 171.

orden constitucional exige la ponderación de los intereses en conflicto bajo un mandato de optimización. Los supuestos de inexigibilidad del deber de tolerar el embarazo (es decir, las indicaciones) son expresión de esa ponderación.

Bascuñan se refiere específicamente a la situación del aborto terapéutico bajo esta interpretación. Para tratar el tema, el autor hace la siguiente diferencia: se refiere al aborto terapéutico entendido como aquel que se practica cuando existe un peligro actual e inminente para la vida o la salud de la mujer, y al aborto terapéutico que se practica cuando no existe actualidad o inminencia de este peligro.

En el primer caso, el autor plantea que no se requiere de causal de justificación en especial, pues no se trataría de un caso de inexigibilidad bajo el principio de la exigibilidad diferenciada, sino que de un caso de estado de necesidad defensivo²⁵⁹. Por ello bastaría con aplicar los criterios de ponderación y de estricta necesidad de esta institución.

El estado de necesidad defensivo es aquel desencadenado por seres humanos, en que el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende de un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción del estado de necesidad²⁶⁰. En el caso del estado de necesidad defensivo, quien causa el peligro es otro ser humano, sin embargo la diferencia entre éste y la legítima defensa es que aquí no se exigen algunos de los requisitos de ésta, como por ejemplo, que estemos en presencia de una agresión actual y antijurídica. Es posible actuar en estado de necesidad defensivo aun cuando el peligro sea causado por un ser humano inocente. Esto se debe a que, aunque la persona contra la cual se actúa no sea responsable del

²⁵⁹ Debido a que el Código Penal chileno sólo regula el estado de necesidad agresivo como causal de justificación de atentados contra la propiedad, para Bascuñan tanto el estado de necesidad defensivo como el estado de necesidad agresivo justificante de atentados a bienes personalísimos, deben construirse como casos de ejercicio legítimo de un derecho, de acuerdo a lo expresado por el artículo 10 N° 10 del Código Penal. BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. "La Píldora del Día Después...", op. cit. Nota 47, Pág. 70.

²⁶⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, España. Editorial Civitas S.A., 1997. Tomo I, Pág. 705.

peligro que origina, ello no cambia el hecho de que nadie tiene por que soportar graves daños corporales en consideración de otro²⁶¹. En el estado de necesidad defensivo, el estándar de ponderación (propio de la institución del estado de necesidad) no exige la preponderancia del interés de protección por sobre el interés de afectación, sino que se conforma con la equivalencia entre los intereses en conflicto. Esto significa que quien actúa en estado de necesidad puede, en un caso extremo, llegar a matar al causante del peligro, puesto que en este caso el conflicto de intereses estaría dado por dos vidas humanas que se encuentran en juego, y como ninguna vida humana es más valiosa que otra, se trataría de intereses equivalente.

Para que la reacción defensiva se encuentre justificada bajo el estado de necesidad defensivo, se deben satisfacer otros requisitos además de la ponderación de los intereses en conflicto, como que la reacción sea el medio necesario (adecuado y menos lesivo), y que se trate de un peligro de una determinada entidad. Ahora bien, como se señalaba, el aborto terapéutico, cuando es necesario debido al peligro actual e inminente para la vida o salud de la madre, constituye un caso de estado de necesidad defensivo, por lo tanto, en la medida en que se cumplan con los requisitos de esta institución no podría negarse el aborto en este caso. Hacerlo significaría contravenir el principio de igualdad ante la ley. Esto ya que si nadie tiene por que tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente del peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, entonces negarle este derecho, que todos tienen, a la mujer embarazada respecto del feto implicaría una discriminación arbitraria.

Es por esto que para Bascuñan el artículo 119 del Código Sanitario, que restringe la aplicabilidad del estado de necesidad defensivo justificante a la mujer embarazada respecto del peligro letal actual o inminente procedente del feto, es manifiestamente inconstitucional.

²⁶¹ *Ibíd.* Pág. 708.

En los caso de aborto terapéutico en que el peligro para la vida, integridad corporal o salud de la madre no constituyan un peligro actual o inminente la situación se resuelve de acuerdo a lo señalado anteriormente respecto de margen y grado de afectación de los intereses de la mujer. En este sentido, debe tratarse de supuestos de afectación cuya intensidad comparativa exceda el umbral de afectación que es inherente a todo embarazo. Si se rebasa el umbral, deja de ser exigible el deber de tolerar el embarazo. A la mujer embarazada no le es exigible más sacrificio de su integridad corporal y salud que el que impone por regla general un embarazo. Conforme con la Constitución, aquí debe dejarse entregada a la autonomía de la mujer la decisión acerca de la prolongación o interrupción de su embarazo.

No se exige la actualidad ni la inminencia del peligro ni tampoco la estricta necesidad de la interrupción del embarazo como medio para evitarla concreción de ese peligro. Un diagnostico probable ya se estima como un traspaso del umbral de afectación de los intereses personalísimos de la mujer que es inherente el embarazo. Entrar en ese peligro es una decisión de la mujer que el Estado no puede exigir por la fuerza.

Es por esto que el artículo 119 del Código Sanitario, al restringir la aplicabilidad de la indicación terapéutica como situación justificante del aborto sería también inconstitucional.

Para Bascuñan la justificación constitucional del aborto consentido en situaciones excepcionales de inexigibilidad, esto es, en el caso de las demás indicaciones, es la consideración diferenciada del interés de autonomía de la mujer como límite a la ponderación de intereses a favor de la vida del feto. Tocaremos este tema más adelante al referirnos a los argumentos respecto de la autonomía.

Finalmente, Bascuñan plantea que este principio de la exigibilidad diferenciada puede tener distinta operatividad judicial dependiendo de la tesis que se asuma en

relación con la competencia de los tribunales de justicia para ejercer el control de constitucionalidad de la ley. Al respecto habría tres opciones:

- a) Si se considera que el carácter jurídicamente vinculante de la Constitución implica el reconocimiento de un sistema de control difuso de la constitucionalidad, entonces las consecuencias normativas del principio tienen plena operatividad judicial. La inconstitucionalidad del artículo 119 del Código Sanitario podría ser declarada por cualquier tribunal, y en virtud de ello, deben reconocerse como causales de justificación por colisión de derechos constitucionales, las indicaciones que se encuentren suficientemente justificadas.
- b) Si se estima, por otra parte, que el derecho chileno establece un control concentrado de la constitucionalidad de la ley, lo cual de acuerdo al autor sería correcto, entonces los tribunales carecen de esta competencia para declarar la inconstitucionalidad del artículo 119. Por lo tanto se deberá promover una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, o el conocimiento del caso por la Corte Suprema, para que esta ejerza de oficio esta competencia.
- c) Una tercera opción para hacer judicialmente operativo el sistema de indicaciones pasaría por distinguir entre las dos consideraciones jurídicas del aborto consentido: su consideración como delito y su consideración como infracción sanitaria. Puesto que la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo es incompatible con la Constitución, pesaría sobre el intérprete de la legislación el deber de reducir al máximo esta incompatibilidad. Para Bascuñan “la satisfacción de ese deber es la interpretación conforme con la Constitución. Desde el punto de vista sistémico, la manera más expedita de reducir la inconstitucionalidad introducida por el artículo 119 del Código Sanitario es limitar su potencial sancionatorio a la rama del derecho a la que pertenece, esto es, al derecho

sanitario²⁶²”. Mientras no sea declarada inaplicable por inconstitucionalidad, la prohibición establecida por el artículo 119 debe ser reconocida por el tribunal, sin embargo en una interpretación conforme a la Constitución, este reconocimiento debe producir el mínimo efecto jurídico posible. Esto es, su efecto como norma sanitaria sancionatoria. Así, la sanción por la infracción al artículo 119 traería aparejada la sanción del artículo 174 del mismo código, esto es, multa de un sueldo vital mensual hasta dos sueldos vitales anuales.

1.4 La Privacidad.

Se ha planteado, como argumento para la despenalización del aborto de manera general, que existiría una esfera íntima de la mujer que debe ser protegida y que el Estado no puede violentar. Dentro de esta esfera se encontraría el derecho de la mujer de interrumpir su embarazo dentro de los primeros meses de gestación.

El derecho a la privacidad ha evolucionado y protege la libertad de los individuos de realizar determinadas acciones y someterse a ciertas experiencias. La dimensión de la autonomía de la persona en el derecho a la privacidad se desarrolló especialmente en Estados Unidos en casos relacionados con los derechos reproductivos. La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez el derecho independiente a la privacidad en el marco de la protección implícita en las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos o “Bill of Rights”, en el caso *Griswold v. Connecticut*. En este caso, se invocó el derecho de privacidad de las personas casadas para anular una ley que prohibía la anticoncepción. Casos posteriores ampliaron este derecho fundamental dentro de los cuales destaca el caso *Roe v. Wade*.

El caso de *Roe v. Wade* comienza en 1970 con una acción declarativa que cuestionó la constitucionalidad de la ley del Estado de Texas sobre aborto, la cual

²⁶² BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág. 180-181.

penalizaba el aborto en todos los casos salvo que existiera consejo médico y se practicara con el propósito de salvar la vida de la madre. Varias personas se presentaron como demandantes, sin embargo se estimó que la única que tenía un interés justiciable era “Jane Roe” (Norma L. McCorvey)²⁶³, una mujer soltera que sostenía que su embarazo era producto de una violación. La Corte del Distrito declaró que la ley de Texas era inconstitucional, pero no otorgó una proscripción en contra de las leyes de aborto. El caso fue apelado y finalmente resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos²⁶⁴.

En la decisión del caso Roe v. Wade, la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció que el derecho de la mujer de decidir si continuar o no con su embarazo estaba protegido por el derecho a la privacidad²⁶⁵. Por lo tanto, prohibirle a una mujer abortar por vía legislativa violaría este derecho.

La Constitución de los Estados Unidos no menciona expresamente el derecho a la privacidad, sin embargo la Corte reconoció la existencia de este derecho de conformidad con la Constitución, señalando que éste tendría sus raíces en las Enmiendas I, en la IV, la V, en el Bill of Rights, en la Enmienda IX y en el concepto de libertad (debido proceso sustantivo) garantizada por la Enmienda XIV²⁶⁶. La Corte señaló al respecto que “este punto de vista en cuanto a la privacidad, ya sea basado en el concepto de la libertad personal de la Enmienda Decimocuarta y las restricciones de acciones tomadas por el estado, como nosotros pensamos que lo es, o como la Corte del Distrito determinó, por los derechos reservados para las

²⁶³ Norma L. McCorvey fue representada por las abogadas Linda Coffee y Sarah Wellington. Henry Wade era el Fiscal de Distrito del Condado de Dallas, Texas, quien representaba al Estado de Texas en este caso.

²⁶⁴ “Roe v. Wade”. Corte de Texas, Estados Unidos, 1973 [en línea]. Disponible en: <http://fder-constitucional.com.ar/data/fallos/EEUUCASOROEVWADE.pdf>

²⁶⁵ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. “Roe v. Wade and the Right to Privacy”. 3ª edición, 2003. Pág. 9 [en línea]. Disponible en: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/roeprivacy.pdf>. Consultado el 15 de Noviembre de 2009.

²⁶⁶ “Roe v. Wade”. Op. cit.

personas en la Enmienda Nueve, es suficientemente amplia para incluir la decisión de una mujer si desea o no desea abortar su embarazo²⁶⁷”.

La decisión de la Corte en este caso no puede ser calificada de radical puesto que siguió la misma línea que la Corte había tenido en la decisión de casos en que se veía involucrado el derecho a la privacidad, en las cuales se rechazó la interferencia del gobierno en las decisiones más personales de la vida de las personas²⁶⁸.

Para balancear este derecho a la privacidad de la mujer con los intereses estatales de proteger la vida potencial, la Corte Suprema estableció un marco trimestral para evaluar las restricciones sobre el aborto. Como el derecho a la privacidad fue calificado como un derecho fundamental, la Corte señaló que toda violación a éste por parte del gobierno debía estar justificada por intereses apremiantes del Estado. En este sentido, el interés del Estado por proteger la vida fetal sólo sería “apremiante”, y por lo tanto más importante que el derecho a la privacidad de la mujer, después que el feto fuese viable. Tras alcanzarse la viabilidad, el Estado tendría la libertad para prohibir el aborto o tomar las medidas para promover su interés de proteger la vida fetal. Sin embargo, pasada la viabilidad subsiste el derecho de la mujer a practicarse un aborto para proteger su vida o salud y el Estado debe permitir que estos se realicen²⁶⁹.

La Corte Suprema de Estados Unidos además estableció que el feto no podía ser considerado como “persona” de acuerdo por la Enmienda XIV y que los estados no podrían justificar las restricciones al aborto en teorías sobre el comienzo de la vida²⁷⁰. La Corte señaló al respecto que “la privacidad basada en la defensa del

²⁶⁷ Noticia: “Lo que todos deben saber: Roe v. Wade”. Choice Voice, noticias de Planned Parenthood of New York City, 2006 [en línea]. Disponible en: http://www.plannedparenthood.org/nyc/files/NYC/CV_2006_01_2_SPA.pdf. Consultado el 15 de Noviembre de 2009.

²⁶⁸ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Op. cit. Pág. 25.

²⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 9-10.

²⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 29.

aborto parece depender de la premisa que la opción de mujeres afecte sólo ella misma, en otras palabras, que el feto en no una persona”²⁷¹.

1.5 La Autonomía.

La autonomía personal puede ser entendida como “la libertad que tiene cada individuo para actuar conforme a su propia concepción acerca de lo que es valioso, necesario, deseable o correcto”²⁷². El Estado, respetando esta autonomía, no debería intervenir en los planes de vida de las personas, sino que crear condiciones para posibilitarlos.

Se ha argumentado que la decisión de tener hijos afecta de manera significativa los planes de vida de una persona, motivo por el cual la decisión de tener o no descendencia debería quedar exclusivamente en manos del agente²⁷³.

Tamar Pitch²⁷⁴ toca inicialmente el tema de la autonomía al examinar una propuesta de Carmel Shalev a propósito de la regulación jurídica de la procreación asistida. Si bien la propuesta de esta autora no guarda directa relación con el aborto, las ideas sobre la autonomía que fundamentan su propuesta son aplicables a este tema y resultan interesantes como parte de los argumentos para la despenalización.

Shalev basa su tesis principalmente en las ideas de autonomía y responsabilidad. La autonomía debe ser entendida, en este contexto, como “la capacidad y

²⁷¹ STANLEY, Ross. Charles. The right of Privacy and Restraints on abortion under the “Undue Burden Test”: A Jurisprudential Comparison of Planned Parenthood v. Casey with European Practice and Italian Law. En: Apunte de la Cátedra de Derecho Privado. Profesora Verónica Undurraga Valdés, Estados Unidos: Ind. Int'l and Comp. L. Rev, 2002. Pág. 202.

²⁷² UNDURRAGA Valdés, Verónica. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. En: Anuario de Derechos Humanos N° 3. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2007. Pág. 164 [en línea]. Disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/7-SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalIII_UndurragaValdes.pdf. Consultado el 12 de Agosto de 2009.

²⁷³ FERNÁNDEZ V., Mariano. Op cit. Pág. 1.

²⁷⁴ PITCH, Tamar. Un Derecho Para Dos: la Construcción Jurídica de Género, Sexo y Sexualidad. Madrid, España. Editorial Trotta S.A., 2003. Pág. 31 y ss.

posibilidad de elección responsable²⁷⁵". La responsabilidad, por su parte, será definida como "el reconocimiento de la autoridad de decidir sobre el curso de una acción a una persona que, actuando, tiene en consideración los intereses propios y ajenos correlativos a su actividad²⁷⁶". Ahora bien, de acuerdo con la tesis de Shalev analizada por Tamar Pitch, es necesario reconocer a las mujeres la misma capacidad de razón que se les reconoce a los varones. Para ello debe considerarse a las mujeres como seres capaces de elegir racionalmente, de conocer sus intereses y de tener en cuenta las consecuencias de sus propias acciones. El derecho debe reconocer a las mujeres como individuos responsables y adultos. En tanto individuos responsables y adultos, las mujeres no pueden ser consideradas como prisioneras de sus cuerpos ni seres a merced de sus emociones, las cuales se cree que su mismo cuerpo condiciona. Para el derecho, el individuo adulto será normalmente responsable de las consecuencias de sus acciones. Además el derecho debiera promover, en este sentido, la autonomía de los sujetos²⁷⁷.

Las ideas recién planteadas pueden ser aplicadas en el campo de la discusión sobre el aborto. Al penalizarse el aborto (parcial o absolutamente) el Estado es quien decide sobre un tema propio de la mujer, como es la reproducción. El sustraer esta decisión de las mujeres afecta su autonomía, puesto que no se las considera como individuos responsables, capaces de tomar buenas decisiones y hacerse cargo de sus consecuencias.

Tamar Pitch se refiere a esto último al examinar el tema del control de la reproducción. En relación a esto sostiene que han existido dos tesis mayoritarias respecto de quién es el responsable para tomar las decisiones en esta materia y sobre qué tipo de reglas son necesarias. En ambas tesis la decisión es sustraída de la mujer y reenviada su regulación al derecho, a través de la criminalización o de la regulación de permisos para abortar bajo ciertas condiciones.

²⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 36.

²⁷⁶ *Íbidem.*

²⁷⁷ *Ibíd.* 36-37.

La primera tesis sería aquella bajo la cual se buscaría defender el principio moral de la “vida”. De acuerdo con ella, la única forma para asegurar la defensa de este principio moral sería traducirlo en una norma jurídica. Además, el Estado tendría el deber de reafirmar este valor de la “vida” y, puesto que no existe consenso respecto del significado de “vida” o de cuando ésta comienza, se pretende resolver la controversia ética confiando al Derecho la defensa de una moral particular. De esta forma, “utilizando la cuestión del aborto se lleva a cabo una batalla por traducir las elecciones éticas propias en normas jurídicas. Así, no sólo se contradice el principio constitutivo del moderno Estado de derecho, o sea, la separación entre derecho y moral, sino que se pone en evidencia como la *vida* y su *tutela* son cuestiones a menudo zarandeadas instrumentalmente²⁷⁸”. La autora destaca que la prohibición del aborto no ha impedido que estos se practiquen, sino que sólo ha hecho más difícil y complicada la vida de las mujeres.

Bajo esta primera tesis, se desconoce el status de sujetos plenamente morales a las mujeres. A través de ella lo que se estaría sosteniendo es que a éstas no es ni siquiera posible confiarles la tutela de la “vida”.

En una segunda tesis, el Estado concede autorización a las mujeres para decidir sobre el aborto pero únicamente en la medida en que concurran ciertas condiciones o circunstancias. Aquí, la ley estaría asumiendo la función simbólica de reafirmar que se tutela la vida, pero también la función de construir a las mujeres como sujetos moralmente imperfectos, sobre los cuales es necesario mantener el control institucional.

Para Tamar Pitch el interés que hace que el Estado se movilice y se atribuya la regulación de la interrupción del embarazo no es la tutela de la “vida” (o del embrión), sino que el control de la reproducción, al menos en el plano simbólico. Se añade, complementariamente, el interés por “el control del potencial poder

²⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 99.

reproductor femenino, de los cuerpos y de las mentes de las mujeres. Mujeres que se presentan como sujetos morales imperfectos, a los que no se les puede reconocer la plenitud de ese poder²⁷⁹”.

Para la autora, frente a esto se hace necesario reivindicar la competencia moral femenina para decidir en el ámbito reproductivo.

Es aquí donde entran nuevamente las ideas sobre la autonomía y la responsabilidad, ahora referidas específicamente al tema del aborto. Tamar Pitch señala que la autodeterminación femenina en lo que respecta a la procreación tendría dos significados. Por un lado, determinaría la plena individualización femenina, el acceso de las mujeres al estatuto pleno de individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio sobre su propia potencia generativa. La autodeterminación femenina sería además un principio de ética pública. Esto último se explica de la siguiente forma: el ingreso de las mujeres en la esfera pública no puede producirse sino es a través de una reorganización de esta esfera, para que ella sea capaz de dar cuenta del cuerpo femenino sexuado y de su potencia generativa. Esta reorganización presupone como principio ordenador la responsabilidad femenina en la procreación, que se convierte así en un principio de ética pública. Es necesario que se les reconozca a las mujeres, singularmente y en cuanto a género, la competencia moral para decidir en este ámbito, lo cual significa la plena asunción y atribución de responsabilidad frente a ellas mismas, frente al embrión, al varón y a la colectividad.

La pregunta, entonces, sería, de acuerdo a lo planteado por la autora, cuál es la regulación jurídica del aborto voluntario que estaría en coherencia con el reconocimiento de un principio de responsabilidad femenina en el tema de la elección procreativa. La respuesta a esta pregunta sería la despenalización total del aborto, eliminando la figura del aborto consentido del Código Penal. Esta despenalización debería ir acompañada de una regulación flexible respecto del

²⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 100.

tiempo dentro del cual se puede realizar el aborto (considerando aquí cual sería el tiempo necesario para que la mujer decida), y que tendiera a evitar que decisiones de la clase médica, respecto de restricciones a la práctica de abortos, vacíen de hecho el principio de autodeterminación femenina. Por ello esta regulación deberá ser lo más flexible posible y ponderar los diversos intereses en juego: el principio de autodeterminación, la tutela de la salud de la mujer y el derecho a la vida del feto que tenga concretas posibilidades de vida autónoma,

Antonio Bascuñan Rodríguez también se refiere al principio de la autonomía al tratar las indicaciones como situaciones excepcionales de exclusión de la ilicitud del aborto²⁸⁰. Bascuñan indica que lo que diferencia a las indicaciones del caso de aborto terapéutico practicado cuando existe peligro actual o inminente para la vida o salud de la madre, es la consideración diferenciada del interés de autonomía de la mujer como límite a la ponderación de intereses a favor de la vida del feto.

El principio de autonomía, como correlato de la igual dignidad de las personas, prohibiría la utilización de un ser humano como medio para la realización de los fines de otro ser humano. Con este principio se pretendería la “condición de constreñimiento deontológico”, es decir, que éste desempeñe el rol de límite normativo a cualquier ponderación de intereses. Este principio operaría como un estándar categórico a partir de cierto margen de afectación de la incolumidad corporal. El problema que se plantea en el caso del embarazo es que este principio no puede satisfacerse si se lo extiende al feto, ya que las únicas soluciones posibles son provocar la muerte del feto para salvaguardar la dignidad y autonomía de la mujer, o afectar a ésta en su dignidad y autonomía para salvar la vida del feto. Cuando el derecho se decide por esta última opción, obliga a la mujer a cumplir con un deber de solidaridad. Por lo tanto, se excluye respecto de ella el principio de autonomía como constreñimiento deontológico a su ponderación de intereses a favor del feto. En la medida en que se establecen

²⁸⁰ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág. 173-174.

indicaciones en la cual se permite la interrupción del embarazo, el deber de solidaridad deja de ser exigible y este principio recupera su función, salvaguardando a la mujer frente a la utilización de su cuerpo como medio para lograr la supervivencia del feto.

1.6 Derecho a la Igualdad.

Dentro de las discusiones por la despenalización parcial o total del aborto se han formulado una serie de argumentos que giran en torno al derecho de igualdad y no discriminación. Estos argumentos han sido sostenidos por quienes defienden la necesidad de despenalización y algunos de ellos pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- a) Se ha sostenido que prohibir absolutamente el aborto atenta contra el derecho a la igualdad de las mujeres, puesto que son ellas las que potencialmente se embarazan y podrían llegar a requerir de una intervención de este tipo. Esta postura ha sido sostenida, por ejemplo, por el Comité de la CEDAW, el cual ha señalado que siendo el aborto un procedimiento clínico requerido sólo por mujeres, su denegación constituye una forma de discriminación en su contra²⁸¹.

- b) En América Latina, la cuestión del aborto esta cruzada por la variable de la pobreza²⁸². La penalización absoluta del aborto afecta mayormente a las mujeres que viven en estas condiciones, pues esta penalización no sólo les impide decidir sobre aspectos de gran relevancia en su vida, sino que además suelen ser ellas las más afectadas por esta prohibición ya que por lo general serán las mujeres de más escasos recursos las que recurrirán a

²⁸¹ El Comité ha señalado que “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”. Comité de la CEDAW. “Recomendación General N° 24”, 1999 [en línea]. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>. Consultado el 13 de Agosto de 2009.

²⁸² FERNÁNDEZ V., Mariano. Op. cit. Pág. 2

abortos clandestinos inseguros y, de sufrir complicaciones producto de ellos, deberán acudir a algún recinto hospitalario, donde corren el riesgo de ser denunciadas y sancionadas. Las mujeres de mayores recursos no tendrán este problema y en caso de que decidan practicarse un aborto podrán viajar al extranjero para hacerlo o pagar por una intervención segura. Así, será muy poco probable que estas mujeres sufran complicaciones derivadas del aborto, y por lo tanto es también poco probable que sean descubiertas y denunciadas. De esta forma el aborto se transforma en un problema de inequidad social.

- c) Otro argumento que se refiere al principio de igualdad ante la ley, es el sostenido por Bascuñan Rodríguez, quien, como ya revisábamos anteriormente, se refiere a ello al tratar el tema del aborto terapéutico cuando existe un peligro actual o inminente para la salud o la vida de la mujer embarazada. Señala que en estos casos estamos ante un caso de estado de necesidad defensivo que autorizaría la interrupción del embarazo sin necesidad de existencia de una causal de justificación en específico. Ello ya que existiría un peligro originado por el feto que autoriza a la mujer a atacar esta fuente de peligro. Bajo la institución del estado de necesidad defensivo se permite a toda persona a actuar en defensa de sus intereses, en la medida en que estos tengan un peso específico equivalente al interés de afectación, a pesar de que el peligro sea causado de forma inocente por el otro, lo cual se basa en la idea de que nadie tiene por que tolerar el sacrificio de sus intereses si puede actuar atacando la fuente del peligro. Por lo tanto, si se le negara a la mujer embarazada respecto del feto este derecho de actuar en defensa de sus intereses, en circunstancias que este derecho lo tiene cualquier persona respecto de otra, ello implica una discriminación arbitraria²⁸³.

²⁸³ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág. 173.

1.7 El Argumento Religioso.

Este argumento demuestra el impacto del este tema frente a la religión y creencias personales. Con él se intenta vincular las percepciones del Estado, de la política y la sociedad a una religión en particular.

Durante el último siglo, el tema del aborto se ha transformado en una prioridad para algunas religiones, de forma tal que algunos líderes religiosos se han transformado en figuras claves dentro del debate de este tema²⁸⁴. Destacada ha sido la participación de la Iglesia Católica en este debate, cuya posición respecto del aborto se ha buscado imponer en nuestro país argumentando que Chile es mayoritariamente católico y que son los valores de esta religión los que deberían plasmarse dentro de nuestro ordenamiento.

La Iglesia Católica plantea que el derecho a la vida existe desde la fecundación y, por ello, el aborto debe prohibirse de manera absoluta siempre. A pesar de lo tajante de este planteamiento, las ideas y argumentos de la Iglesia Católica en torno a este tema han variando a través de los años. Podemos decir que a lo largo de la historia han existido dos argumentos sostenidos por la Iglesia Católica para declararse en contra del aborto: la posición de la perversidad y la posición ontológica²⁸⁵.

De acuerdo con la primera, el aborto sería una perversión de la verdadera y única función del sexo, esto es, la reproducción. El aborto sería así un pecado, puesto que transgrediría este propósito. Esta posición fue finalmente rechazada de manera oficial por el Concilio Vaticano Segundo, que se reunió entre los años 1962 y 1965. En él se declaró que el matrimonio tendría dos finalidades de igual importancia: la procreación y la unidad de los cónyuges, dentro de lo cual se incluiría el disfrute del sexo sin finalidad procreativa²⁸⁶.

²⁸⁴ BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. Cit. Pág. 101.

²⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 104.

²⁸⁶ *Ibíd.* Pág. 105.

La posición ontológica, por su lado, se opone al aborto en base al estatus del embrión o feto durante el embarazo. Con esto se vuelve a la pregunta sobre el inicio de la vida. La Iglesia Católica ha sostenido dos teorías con respecto al inicio de la vida a lo largo de la historia:

- a) Teoría de la animación retardada o hominización tardía: según esta teoría, un acto de Dios creaba el alma humana dentro del feto, lo cual ocurría a los 40 días de gestación para los hombres y a los 90 días para las mujeres. Para otros, el momento de la animación, es decir, el momento en que el alma llegaba al cuerpo, era más tardío aun y estaba dado por la primera vez que el feto se movía dentro del vientre materno. En base a esta teoría, se justificaban los abortos en ciertas circunstancias, especialmente si se trataba de embarazos recientes. Asimismo, las penas para el aborto se incrementaban según la edad gestacional²⁸⁷.
- b) Teoría de la hominización inmediata: de acuerdo con ella, la animación se produce en el momento de la concepción. Esta es la teoría sostenida hasta el día de hoy por la Iglesia Católica. El cigoto, embrión o feto es un ser humano completo desde el momento de la fecundación y no existe justificación moral para matar una vida inocente²⁸⁸.

El único caso en el cual se admite el aborto de acuerdo con la teología moral del magisterio de la Iglesia Católica, será cuando el aborto sea un efecto colateral o indirecto de la aplicación de una terapia en la madre, cuyo fin haya sido curar una enfermedad que ésta parezca, y aun cuando el resultado de aborto haya sido previsible²⁸⁹. Esta es la hipótesis del “aborto indirecto” conforme con la doctrina del doble efecto.

²⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 107.

²⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 108.

²⁸⁹ UGARTE Godoy, José Joaquín. *Op. cit.* Pág. 337.

1.8 El Argumento de las Políticas Demográficas.

Este argumento ha sido tradicionalmente utilizado para vincular la despenalización o penalización del aborto con objetivos sociales vinculados con los niveles de crecimiento poblacional. Las políticas demográficas pueden ser definidas como aquel “intento de modificar la estructura demográfica de una población con objeto de mejorar su situación, desarrollo, o procesos de desigualdad social”²⁹⁰. Así, con el fin de lograr ciertos objetivos demográficos, como el aumento de las tasas de natalidad, se toman una serie de medidas que en ocasiones pueden resultar atentatorias contra los derechos humanos de las personas, por cuanto ponen las metas demográficas por sobre estos derechos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando para aumentar las tasas de natalidad se suspenden las actividades de educación sobre planificación familiar o se dificulta el acceso a métodos anticonceptivos eficaces. De acuerdo con Claudia Lagos Lira, esta fue justamente la situación que se dio en nuestro país en el año 1979, cuando el gobierno militar, enfrentado a los problemas limítrofes con Argentina, consideró necesario aumentar las tasas de natalidad con el objeto de poblar los territorios fronterizos. De esta forma se suprimieron las campañas de educación sexual en los medios de comunicación e incluso se eliminaron los ramos de educación sexual de la educación básica y media²⁹¹.

La idea de las políticas demográficas también es tomada por Sergio Carrasco²⁹², quien consideró, dentro de los argumentos para oponerse al aborto, la necesidad de aumentar la población. Al respecto señala que esto es válido particularmente en el caso de Chile considerando que es un país en vías de desarrollo, históricamente de escasa riqueza material y que tiene como principal factor de desarrollo su propia población.

²⁹⁰ DE MIGUEL, J.M. y DÍEZ NICOLÁS J. Políticas de Población. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe, 1985. Pág. 15 [en línea]. Disponible en: www.ced.uab.es. Consultado el 10 de Agosto de 2009.

²⁹¹ LAGOS Lira, Claudia. Op. cit. Pág. 21-22.

²⁹² CARRASCO D., Sergio. “La Garantía Constitucional del Derecho a la Vida del que Está por Nacer”. En: XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público. Concepción, Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1987. Pág. 42.

Este tipo de medidas han sido condenadas por diversos sectores. Así, las conferencias internacionales sobre temas de población y desarrollo realizadas por la Organización de Naciones Unidas los años 1974, en Bucarest, y 1984 en México, fueron precisamente criticadas por centrarse de manera casi exclusiva en el logro de objetivos demográficos, lo cual negaría los derechos humanos de las mujeres²⁹³. Esta situación fue remediada en la III Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que se llevó a cabo el año 1994 en el Cairo, donde se estableció que la dignidad humana estaba por sobre las metas demográficas²⁹⁴.

Tomar medidas como las señaladas anteriormente vulnera los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que, como ya señalábamos en capítulos anteriores, se encuentran reconocidos por una serie de tratados y convenciones internacionales. En este sentido también penalizar el aborto en todas sus formas como medio para cumplir con los fines de estas políticas resultaría atentatorio contra estos derechos.

1.9 Las Causas de Justificación y la Doctrina del Doble Efecto.

Dentro de la doctrina chilena existen autores que han planteado que bajo nuestra legislación procederían causales de justificación del aborto terapéutico. Además existen algunos sectores de la doctrina que han estimado que los llamados “abortos indirectos”, conforme a la doctrina del doble efecto, no se encuentran actualmente prohibidos. A continuación examinaremos brevemente algunas de estas posiciones.

²⁹³ CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR. “El Cairo y la Iglesia Católica: diez años después de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, 2004. Pág. 1 [en línea]. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_amiciethics_cffcc.pdf. Consultado el 30 de Julio de 2009.

²⁹⁴ Íbidem.

En primer lugar nos encontramos con la tesis sostenida por Mario Garrido Montt²⁹⁵, quien afirma que la intervención terapéutica abortiva será atípica cuando esta acción se encuentre debidamente cubierta por la *lex artis*.

Para comprender esta tesis es necesario recordar que el artículo 345 del Código Penal castiga al facultativo que “abusando de su oficio” causa un aborto o coopera con él. Garrido Montt señala que para que esta situación se configure es necesario que el facultativo obre ejerciendo la actividad que le es inherente como tal, pero cometiendo un abuso. Esto ocurrirá cuando el facultativo, en el ejercicio de su función curativa, sobrepase los límites de la *lex artis médica*. La *lex artis médica* está constituida por los principios y reglas que rigen el ejercicio de la profesión médica, y a los cuales deben sujetarse quienes desarrollen esta actividad. Si se infringen estas reglas entonces habrá “abuso del oficio”, mientras que el profesional que las respete estará amparado por la justificante del artículo 10 N° 10 del Código Penal, el cual señala que estará exento de responsabilidad criminal el que obra en el ejercicio legítimo de un oficio. Para Garrido Montt la disconformidad con la *lex artis* es un elemento negativo del tipo del delito de aborto.

El autor plantea que a pesar que por disposición del artículo 119 del Código Sanitario se encuentra prohibida toda acción cuyo fin sea provocar un aborto, no habría impedimento para interrumpir el embarazo si por razones propias de la *lex artis médica* corresponde hacerlo como tratamiento curativo. Es decir, el médico que pusiera fin de esta forma a un embarazo no estaría actuando en abuso de su oficio, en la medida en que exista consentimiento de la mujer. En este caso la situación debería ser considerada conforme a los principios generales de tipicidad y antijuricidad.

Garrido Montt señala que de no compartirse esta idea de que el médico que practica un aborto terapéutico conforme con la *lex artis* y para velar por la vida de

²⁹⁵ GARRIDO Montt, Mario. Op. cit. Pág. 116-119.

la mujer, cumple con su función y por lo tanto su actuar es atípico, entonces igualmente la actividad de este médico podría encuadrarse dentro de la justificante del artículo 10 N° 10 del Código Penal, puesto que la finalidad del médico no será provocar un aborto, sino que salvar una vida.

Esta opinión de Mario Garrido Montt es compartida por Guillermo Ruiz Pulido²⁹⁶, quien considera que el médico que practica o colabora con un aborto terapéutico, cuando se cumplen con ciertos requisitos, obra justificadamente, en el ejercicio y uso legítimo de su profesión, por lo cual no hay abuso de su oficio y la acción es atípica. Juan Pablo Hermosilla y Alex Van Weezel²⁹⁷ también se han pronunciado en este sentido señalando que este tipo de acciones estarían cubiertas por la *lex artis médica*.

Alfredo Etcheberry²⁹⁸, por su parte, considera que la causal de justificación que podría aplicarse al caso del aborto terapéutico sería la del artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, actuar en el ejercicio legítimo de un derecho u oficio. De acuerdo con Etcheberry, para que esta causal sea aplicable deberán cumplirse una serie de requisitos:

- a) Los requisitos que legitiman cualquier intervención medicoquirúrgica (consentimiento de la mujer, etc.).
- b) La intervención que se practique sólo podrá ser curativa o terapéutica, y no fundamentada en otros motivos.

²⁹⁶ RUIZ Pulido, Guillermo. “Responsabilidad Penal del Médico”. En: Seminario sobre Responsabilidad Médica (2002, Viña del Mar, Chile). Revista de Derecho, Agosto de 2003 [en línea]. Disponible en: <http://portal.cde.cl/wps/wcm/connect/74f0fb004fbf6345af88af46ce4e7365/7.pdf?MOD=AJPERES>. Consultado el 18 de noviembre de 2009.

²⁹⁷ HERMOSILLA, Juan Pablo y VAN WEEZEL, Alex. “Contrapunto: el Aborto Terapéutico”. Revista Chilena de Derecho, 36 (1): 205-208, 2009 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000100013&script=sci_arttext. Consultado el 17 de Noviembre de 2009.

²⁹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. Pág. 105-109.

- c) Sólo será aplicable cuando el aborto terapéutico se practique para preservar la vida de la madre, y únicamente en casos excepcionales, su salud.
- d) El peligro para la vida de la madre debe ser cierto, de acuerdo con los conocimientos médicos.

Etcheberry señala que una de las razones para afirmar la procedencia de esta causal es que la exposición de motivos que precede a la Ley 18.826 reconoce que, aunque muy excepcionales, siguen existiendo casos en que la vida de la madre puede verse amenazada de proseguir con su embarazo, y señala que estos casos deben resolverse conforme a las reglas generales del Código Penal. Por lo tanto, existirían casos en que se podría salvar la vida de la madre con la práctica de un aborto terapéutico de forma justificada. El autor señala que, teniendo esto en cuenta, la única causal aplicable para que se cumpla con la excepción reconocida por el preámbulo de la Ley 18.826, es la del artículo 10 N° 10.

Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez²⁹⁹ también son partidarios de la aplicación de la causal de justificación del artículo 10 N° 10 en los casos de aborto terapéutico.

Los autores hacen referencia a una Declaración del Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico de Chile, emitida el año 2003. De acuerdo con esta declaración, a pesar de que los avances en la ciencia de la medicina han permitido controlar patologías que antes eran incontrolables, subsisten aun indicaciones en las cuales no queda otra solución más que interrumpir el embarazo para salvaguardar la vida de la madre. Politoff, Matus y Ramírez afirman que en estos casos excepcionales, a los que se refiere la declaración, el aborto terapéutico debe entenderse como ejecutado conforme a la *lex artis*, lo cual lleva a la conclusión que se trata de un supuesto lícito, justificado con arreglo al

²⁹⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia. Op cit. Pág. 96-98.

artículo 10 N° 10 del Código Penal, siempre que exista el consentimiento de la mujer.

Para Politoff, Matus y Ramírez la conclusión anterior no se altera por lo dispuesto por el artículo 119 del Código Sanitario, puesto que esta disposición no haría más que “transcribir en términos imperativos la prohibición que establece el artículo 345 para los facultativos³⁰⁰”. Coinciden además con Etcheberry respecto de que el preámbulo de la Ley 18.826 admite la existencia de casos excepcionales que deben resolverse conforma a las reglas generales del Código Penal, las cuales no serían otras que el artículo ya citado.

Las posturas anteriores han sido criticadas por Antonio Bascuñan Rodríguez, quien hace notar que el artículo 10 N° 10 del Código Penal no es una norma justificante, sino que una metarregla que otorga prioridad a las normas del ordenamiento jurídico que autorizan a realizar acciones u omisiones típicas por sobre las normas punitivas³⁰¹. Por lo tanto, si se invoca este artículo, es necesario identificar las normas que autorizan a realizar el comportamiento típico u omitir el ordenado para que la causal de justificación se configure. Ahora bien, en el caso de los profesionales de la salud su actividad se encuentra regulada por el Código Sanitario. El artículo 119 de este código se ubica precisamente en el Libro V “Del Ejercicio de la Medicina y Profesiones Afines”. En consecuencia no es posible desconocer el efecto que el artículo 119 tiene en la configuración de la *lex artis* médica. Existiendo una regulación legal de la profesión médica, esta prevalecerá por sobre cualquier otra consideración de la *lex artis*. Así, al ser el artículo 119 *lex artis* de rango legal, su efecto práctico como norma de comportamiento no puede ser eludido³⁰².

La doctrina del doble efecto y la licitud de los llamados “abortos indirectos” han sido mencionadas en diversas oportunidades. Se ha señalado que del estudio de

³⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 97.

³⁰¹ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, *op. cit.* Pág. 165.

³⁰² *Ibíd.* Pág. 164.

la historia fidedigna de la Ley 18.826, es posible concluir que la intención del legislador fue adecuar la regulación del aborto a la teología moral del magisterio de la Iglesia Católica. La finalidad del legislador habría sido, por un lado, prohibir el aborto, incluso el que se practica para salvar la vida de la madre; y por otro permitir aquellos abortos indirectos de acuerdo con la doctrina del doble efecto³⁰³. Aceptando lo anterior, se ha afirmado que en nuestro país se podría recurrir a la interrupción del embarazo en la medida en que se cumplan con los supuestos señalados para la doctrina del doble efecto.

Para comprender este tema es necesario clarificar qué es la doctrina del doble efecto. De acuerdo con Alejandro Miranda Montecinos “se denomina principio, doctrina, regla o razonamiento del doble efecto al principio de razonamiento práctico que sirve para determinar la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos, de los cuales uno es bueno y el otro es malo³⁰⁴”. Este principio recoge algunos elementos de la doctrina tomista sobre el acto humano y la responsabilidad moral, basándose en la relevancia de la distinción entre voluntariedad directa y voluntariedad indirecta. Se llama “directamente voluntario” a aquello que forma parte del plan de acción del agente, es decir, lo que éste se propone alcanzar como fin de la acción y lo que busca como medio para conseguir este fin. Por el contrario, se llama “indirectamente voluntario” a los efectos de la acción voluntaria que el agente prevé o debe prever, pero que no busca ni como fin ni como medio, sino que sólo acepta como efectos colaterales o secundarios en la medida en que se encuentran ligados a lo que directamente quiere³⁰⁵.

La idea principal que subyace a este principio es que una persona no es igualmente responsable por todos los efectos malos que se siguen de su acción,

³⁰³ BASCUÑAN Rodríguez. Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido...”, op. cit. Pág.157.

³⁰⁴ MIRANDA Montecinos, Alejandro. “El Principio del Doble Efecto y su Relevancia en el Razonamiento Jurídico”. Revista Chilena de Derecho, 35 (3): 485-519, 2008 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000300005&script=sci_arttext. Consultado el 15 de Noviembre de 2009.

³⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 487

ya que existiría una diferencia fundamental entre aquellos efectos que intenta y aquellos que sólo prevé o debe prever³⁰⁶.

Se considera que la acción del doble efecto es lícita si cumple simultáneamente con dos requisitos:

- a) Que el efecto malo no se busque ni como fin ni como medio.
- b) Que exista una razón proporcionalmente grave para aceptarlo³⁰⁷.

Ahora bien, la distinción entre voluntariedad directa y voluntariedad indirecta fundaría también la distinción entre aborto directo y aborto indirecto. En el primero la muerte del feto será querida o intentada como medio o como fin. En el segundo, la muerte del feto será indirecta y sólo se aceptara como efecto colateral.

Dentro de nuestra doctrina Jorge Precht se refiere a este tema estimando que el artículo 119 del Código Sanitario excluyó de nuestro derecho cualquier justificación del aborto consentido que no satisfaga los requisitos de esta doctrina. Señala que el aborto terapéutico indirecto estaría moralmente autorizado pues se trata de una intervención médica curativa en casos en que la vida del feto no pueda ser salvada y en que como efecto indirecto se produce la eliminación de éste³⁰⁸.

Esta postura es la misma que ha sostenido la Iglesia Católica que, como indicábamos anteriormente, sólo admite el aborto indirecto que cumpla con los requisitos de esta doctrina.

Por su lado, José Joaquín Ugarte³⁰⁹ se refiere esta doctrina y a los casos en que un aborto indirecto sería lícito conforme a ella. Al respecto señala que para que

³⁰⁶ Íbidem.

³⁰⁷ Ibíd. Pág. 490.

³⁰⁸ PRECHT Pizarro, Jorge. Op. cit. Pág. 522.

³⁰⁹ UGARTE, Godoy. José Joaquín. Op. cit. Pág. 337-348.

ello ocurra es necesario, en primer lugar, que nos encontremos en una situación en que la madre sufre de una dolencia o enfermedad que le han de causar la muerte, sin que sea posible considerar para estos efectos al embarazo en sí mismo como causante de tal situación. Además se requiere que el único tratamiento o remedio posible para esta dolencia, junto con salvar a la madre, tenga como efecto colateral el aborto. La salvación de la madre no debe deberse al aborto, sino que a la terapia aplicada. El aborto no debe ser intentado, querido como fin o como medio para la salvación de la madre, sino que sólo tolerado. Adicionalmente, no sería suficiente que la voluntad del agente no fuese provocar el aborto sino que además el tratamiento en sí no puede ser abortivo.

Tras revisar algunos casos en los que sería aplicable la doctrina del doble efecto³¹⁰, Ugarte señala que para alegar jurídicamente la justificación de un aborto indirecto conforme a esta doctrina será necesario recurrir a lo causal de justificación del artículo 10 N° 10, pues se trataría del caso de ejercicio legítimo de un derecho. Este derecho sería, para la mujer, el de “conservar la vida y medicarse y el de aplicar el principio del doble efecto, si se quiere, que está implícito en todos los derechos, como el derecho de defensa³¹¹”. El médico, por su parte, podrá alegar, en base a la misma causal, que obró en cumplimiento de un deber y en el ejercicio de un oficio.

Como vemos, la posibilidad de justificar algunos casos de “abortos terapéuticos indirectos” conforme al principio del doble efecto ha sido discutida por parte de la doctrina. Este principio fue además mencionado durante la discusión de la Ley

³¹⁰ El autor examina la procedencia del aborto terapéutico indirecto en casos como el embarazo tubario, el caso en que exista un cáncer cervical invasor, el desprendimiento de placenta, entre otros. En tales casos es necesario que se cumplan los requisitos de la doctrina señalada, por lo cual no toda intervención médica para salvar la vida de la madre estaría permitida. En el caso del embarazo tubario, por ejemplo, Ugarte señala que no sería lícito proceder a realizar la amputación de la trompa (o salpingectomía) antes de la rotura de ésta. Es decir, para este autor, la pretensión de algunos de que en caso de detección de un embarazo tubario debe procederse a la extracción del embrión de forma inmediata para así evitar el riesgo para la madre y preservar su fertilidad realizando la intervención antes que se produjera el daño a la trompa, no sería admisible, pues constituiría un aborto directo. Sería necesario esperar a que la rotura se produjera y sólo así se trataría de un aborto indirecto bajo la doctrina en estudio. *Ibíd.* Pág. 341-347.

³¹¹ *Ibíd.* Pág. 347.

18.826 de acuerdo a lo que consta en su historia fidedigna y es aceptado por la Iglesia Católica. Sin embargo la aplicabilidad de este principio es muy restringida, ya que sólo sirve para justificar casos muy específicos y algunos de los requisitos que deben cumplirse para estimarse que se actúa conforme a él, son subjetivos y poco claros. Además no existe certeza respecto de su procedencia, puesto que se trata de una institución ajena a nuestro derecho.

Conclusiones.

El problema del aborto terapéutico ha estado presente en nuestro país desde hace ya varios años. Este tipo de aborto fue introducido en nuestra legislación el año 1931 con la dictación del Código Sanitario. Esta introducción se encontraba conforme con la opinión de la doctrina de la época y las prácticas médicas, que consideraban que era necesario establecer situaciones en las cuales el aborto fuese lícito, especialmente en aquellas en que la intervención debía ser practicada por un médico para salvar la vida o la salud de la madre.

La regulación del aborto terapéutico, modificada el año 1967, planteó una serie de problemas de interpretación. Se discutió largamente sobre qué debía entenderse por “fines terapéuticos” y no existió acuerdo en torno a las causas que autorizaban a practicar este tipo de intervenciones. Por una parte, ciertos sectores interpretaron que el aborto terapéutico procedía sólo para salvar la vida de la mujer embarazada, mientras que para otros, dentro del concepto de aborto terapéutico podían incluirse las intervenciones que interrumpieran el embarazo para resguardar la salud tanto física como síquica y social de la mujer.

El aborto terapéutico fue finalmente prohibido en el año 1989 por la Ley 18.826, dictada cuando el gobierno militar llegaba a su fin. Esta prohibición absoluta del aborto en Chile ha significado una gran discriminación en contra de las mujeres de nuestro país, las cuales ven vulnerados sus derechos humanos.

El aborto no desaparece por el hecho de estar prohibido. Muchas mujeres se someten a estos procedimientos a pesar de que ellos son considerados delito en nuestro país. Como no existe ninguna posibilidad de interrumpir el embarazo en forma legal y segura, estas mujeres se someten a abortos clandestinos, los cuales muchas veces son realizados por personal no capacitado para ello y en condiciones que distan mucho de ser óptimas. Esta situación es aun más grave para las mujeres de escasos recursos que no tiene la posibilidad de pagar por un

aborto seguro y realizado en buenas condiciones. Es así como muchas de las mujeres que se someten a abortos clandestinos, especialmente aquellas que no pueden costear uno seguro, sufren complicaciones tras la intervención y se encuentran en la disyuntiva de acudir o no a un centro hospitalario: el no hacerlo puede significarles graves consecuencias para su salud o incluso la muerte, mientras que el hacerlo las pone en riesgo de ser denunciadas y sancionadas.

Criminalizar el aborto terapéutico trae como consecuencia el aumento de las muertes maternas. Al penalizar el aborto de forma absoluta el derecho de las mujeres a la vida, salud y bienestar no se reconoce. Las complicaciones derivadas del aborto son una de las principales causas de mortalidad materna en nuestro país y son numerosas las mujeres que sufren otro tipo de complicaciones que, si bien no terminan en la muerte, afectan gravemente su salud. La ilicitud del aborto terapéutico, además vulnerar los derechos humanos de las mujeres, es incoherente con la realidad de nuestro país.

Por otra parte, la prohibición absoluta del aborto en Chile vulnera el derecho a la igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Como hemos visto, estos derechos se encuentran reconocidos en tratados, pactos y convenciones que el Estado de Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes dentro de nuestro ordenamiento. En este sentido, la penalización sin excepciones del aborto constituye un incumplimiento de las obligaciones que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos de las mujeres. Es por ello que nuestro país ha recibido numerosas recomendaciones de parte de organismos internacionales en orden a que revise la legislación en esta materia. El Comité de la CEDAW, en su recomendación en el año 2004, señaló que la protección de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país era inadecuada puesto que el aborto se encuentra penalizado en todos los supuestos.

Los derechos sexuales y reproductivos no se encuentran reconocidos como un derecho fundamental dentro del artículo 19 de nuestra Constitución, sin embargo

se han presentado proyectos de ley que persiguen esta incorporación. Uno de estos proyectos de ley³¹², es el de reforma constitucional que busca incluir en el artículo 19 N° 1 de la Constitución un segundo numeral que consagraría el “derecho a la libertad sexual y reproductiva”, estableciendo, además, que este derecho corresponde especialmente a la mujer, y comprende la libertad y autodeterminación para elegir los métodos científicamente más apropiados para la prevención y planificación del embarazo. Este proyecto se encuentra actualmente en primer trámite constitucional.

Otro proyecto relevante en materia de derechos sexuales y reproductivos es aquel que busca establecer una ley marco de derechos sexuales y reproductivos. Este proyecto³¹³ del año 2000, tiene por objetivo establecer las bases normativas generales para que el Estado de Chile asuma su responsabilidad internacionalmente comprometida, de modo que su accionar respete, garantice y promueva los derechos sexuales y reproductivos.

Creemos que la importancia de estos proyectos radica en que el fortalecimiento de estos derechos puede llevar a hacer más visibles las vulneraciones que implica la penalización absoluta del aborto. En la medida en que estos derechos sean garantizados y promovidos, el tema del aborto, en general, y del aborto terapéutico, en particular, podrá ser abordado desde una óptica diferente, a través de la cual se pondrán de manifiesto violaciones de derechos que hoy por hoy pasan desapercibidas para muchos.

El tema del aborto terapéutico ha estado influenciado en nuestro país por las visiones religiosas sobre el tema. La Iglesia Católica ha tenido un importante papel en este sentido, oponiéndose a la despenalización del aborto. Esto quedó demostrado en la revisión de la historia fidedigna de la Ley 18.826, donde pudimos

³¹² Proyecto de ley: “Establece la garantía constitucional del derecho a la libertad sexual y reproductiva”. Fecha de ingreso: 26/06/20006. N° de Boletín: 4277-07.

³¹³ Proyecto de ley: “Establece ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos”. Fecha de ingreso: 19/10/2000. N° de Boletín: 2608-11.

ver que las opiniones de sacerdotes y obispos miembros de la religión católica fueron determinantes a la hora de eliminar el aborto terapéutico del Código Sanitario. En este sentido, es posible afirmar que una de las razones que inspiró este cambio dentro de nuestro ordenamiento fue la idea de adecuar nuestras normas sobre aborto a los valores de la religión católica. Resulta cuestionable la pretensión de imponer una visión religiosa a toda una población a través de la ley, especialmente en un país como Chile donde existe libertad de culto. Consideramos que resultan muy relevantes en esta materia los consensos y declaraciones alcanzados por los representantes de distintas religiones la cuales han señalado la importancia de no imponer estas visiones y permitir que se debatan temas como el aborto. El Consenso de Genval, realizado el año 1994 en el marco de la Cuarta Conferencia De Población y Desarrollo, reunió a representantes de diversas religiones. En el informe creado por este Consenso se expresó lo siguiente respecto del tema del aborto: “Cualquier sea el punto de vista sobre el aborto, las comunidades religiosas no pueden ignorar el hecho de que ocurre y que, en los lugares donde es ilegal o está sometido a abundantes limitaciones, a menudo plantea un riesgo para la salud de la mujer. La despenalización del aborto es por lo tanto, una respuesta mínima a esta realidad y un medio razonable para proteger la vida y la salud de las mujeres en peligro. Dada la preocupación moral suscitada por el aborto y la diversidad de posturas asumidas por las comunidades religiosas, el punto de vista de una tradición religiosa en particular no debe imponerse a las demás³¹⁴”.

Estas ideas fueron reforzadas el año 2004 con la declaración de Chiang Mai. Esta declaración surgió de un evento celebrado en Chiang Mai, Tailandia, el cual buscaba generar un dialogo sobre como pueden las religiones, en la era de la globalización, jugar un rol más activo en mejorar la vida de las mujeres³¹⁵.

³¹⁴ Citado en BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. Op. Cit. Pág.124.

³¹⁵ Ibíd. Pág. 125.

De la revisión de la evolución del aborto terapéutico dentro de nuestra legislación existe un punto que resulta particularmente llamativo, esto es que las decisiones sobre el aborto terapéutico han sido tomadas en nuestro país sin consultar la opinión de las principales afectadas por este tema: las mujeres. Esto se relaciona con que el tema del aborto es visto en nuestro país principalmente como uno que involucra los derechos del no nacido, dejándose muchas veces de lado dentro de la discusión el tema de los derechos de las mujeres. Se habla del derecho a la vida del feto, sin embargo muchas veces se olvida hacer referencia al derecho a la vida de la mujer. Si bien en este tema se ha legislado para la mujer, quienes lo han hecho han sido hombres.

De análisis del derecho comparado es posible extraer experiencias útiles para Chile. El caso de Colombia, revisado en el Capítulo III, es uno que vale la pena examinar, puesto que se trata de un país latinoamericano, no muy distinto del nuestro en cuanto a niveles de desarrollo, que hasta hace 3 años se encontraba en la misma situación que Chile. Este país logró adecuar su legislación a los estándares internacionales, incorporando el sistema de indicaciones dentro de su legislación. Resulta particularmente importante el proceso previo a esta reforma, en el cual se reforzaron los derechos humanos y las mujeres lograron hacer visibles sus demandas.

Nos parece importante destacar que el aborto no es algo querido por nadie. Nadie considera que abortar es algo que querrían hacer, pudiendo evitarlo. A pesar de esto, el aborto ha estado presente a lo largo de la historia y negar su existencia y sus efectos no contribuye en nada a la solución del problema. Resulta fundamental para ello el desarrollo de una serie de iniciativas sociales que ayuden a las mujeres a no considerar el aborto como su única alternativa.

Además quisiéramos destacar que, a nuestro no existe ningún impedimento dentro de nuestro ordenamiento para incorporar nuevamente el aborto terapéutico dentro de la legislación. La Constitución de nuestro país en su artículo 19 N° 1

señala que “la ley protege la vida del que está por nacer”, sin embargo este precepto no debe ser interpretado como una prohibición absoluta del aborto. La protección de la vida del que está por nacer no es incompatible con normas que permitan el aborto terapéutico. Por otra parte, los tratados, pactos y convenios internacionales ratificados por Chile están lejos de prohibir de manera alguna el aborto terapéutico. Por el contrario, de estos instrumentos internacionales, vigentes dentro de nuestro ordenamiento, se desprende la necesidad de legislar sobre este tema y así dar una adecuada protección a los derechos que se han visto vulnerados producto de la prohibición absoluta del aborto.

El aborto es un tema complejo del cual derivan una serie de problemas que se extienden a distintos ámbitos. Es por ello que es necesario, por un lado, adoptar medidas que ayuden a reducir la cantidad de abortos de manera general, y por otro, medidas que se encarguen de reducir los efectos negativos derivados del aborto. Considerando lo anterior, nos parece necesario hacer propuestas generales orientadas a encontrar posibles soluciones a algunos de estos problemas y a la vulneración de derechos que genera la actual prohibición del aborto terapéutico. Estas propuestas son:

- a) Promover y facilitar el acceso a medios anticonceptivos seguros y baratos.
- b) Realizar programas de educación sexual y planificación familiar.
- c) Establecer medidas de protección social para las mujeres embarazadas, apoyando la maternidad.
- d) Promover la igualdad entre géneros, lo cual a su vez aumentará la capacidad y el poder de las mujeres para tomar decisiones en materia sexual y reproductiva.

- e) Educar a la población y contribuir a la eliminación de los prejuicios que existen en torno al tema del aborto.

- f) Ocuparse de los efectos negativos que trae sobre la salud de las mujeres la realización de abortos clandestinos. Esto implica asegurar una atención adecuada de las complicaciones derivadas de estos abortos sin que exista la obligación del personal de salud de denunciar a estas mujeres.

- g) Despenalizar el aborto terapéutico, para proteger adecuadamente los derechos de las mujeres.

Bibliografía

- BALTRA E, Estebeni, DE MAYO G, Tomás, ROJAS G, María de los Ángeles et al. "Tiempo Recomendado para una Nueva Concepción Post Aborto Espontáneo". Rev. Chilena de Obstetricia y Ginecología, 73 (2): 79-84, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext

- BARZELATTO, José y FAUNDEZ, Aníbal. El Drama del Aborto: en Busca de un Consenso. Santiago de Chile. LOM Ediciones, 2007.

- BARRAZA Morelle, Cecilia. Presentación del libro: Un Derecho para las Mujeres. La Despenalización Parcial del Aborto en Colombia. Bogota, Colombia. Mayo de 2006. Disponible en: http://www.humanas.org.co/html/doc/ponencias/libro_aborto.pdf.

- BASCARY, Lourdes. El derecho internacional de los derechos humanos ¿Puede erigirse como aliado en la construcción de un nuevo orden social? Campaña por una Convención Interamericana de derechos sexuales y derechos reproductivos. En: Encuentro académico latinoamericano de "Justicia, Género y Sexualidad" (1^o), 2009, Facultad de Derecho, Universidad de Chile). Disponible en: www.programamujerescdh.cl

- BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. "La Licitud del Aborto Consentido en el Derecho Chileno". Revista de Derecho y Humanidades (10); 143-181, 2004.

- BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia". Estudios Públicos (95): 43-89, año 2004. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html

- BERNAL, Gloria Elena. "La Reforma a la Ley del Aborto en la Ciudad de México: un debate singular". En: Aborto: Acciones Médicas y Estrategias Sociales. Coordinadoras: Graciela Freyermuth y Erika Troncoso. Noviembre de 2008, México.

- BESIO Rollero, Mauricio. "Consideraciones Éticas sobre el Aborto Terapéutico". Boletín de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 27 (1): 34-37, 1998. Disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/Etica/ConsideracionesEticas.html>

- BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 2ª edición. Barcelona. Ed. Ariel, 1991.

- CARRASCO D., Sergio. "La Garantía Constitucional del Derecho a la Vida del que Está por Nacer". En: XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público. Concepción, Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1987.

- CASTIÑEIRA Palou, María Teresa, "et al". Lecciones de Derecho Penal, parte especial. 2ª edición. Barcelona, Ed. Atelier, 2009.

- CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR. "El Cairo y la Iglesia Católica: diez años después de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo", 2004. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_amiciethics_cffcc.pdf

- CEBERIO B., Mónica. "Los países europeos con menores tasas de aborto tienen ley de plazos". Revista Digital de Asociación de Hombres por la Igualdad de Género (AHIGE), 2009. Disponible en: http://boletin.ahige.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=902

- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. "Roe v. Wade and the Right to Privacy". 3ª edición, 2003. Disponible en: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/roeprivacy.pdf>

- CENTRO DE ESTUDIO DE LA MUJER "et al". Informe Alternativo sobre el Cumplimiento de la CEDAW en Chile. Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Chile, 2003. Santiago de Chile. La Morada, 2003.

- CENTROS DE ESTUDIOS EL DIA, Sondeo de opinión Universidad Central de Chile, Disponible en: www.ucentral.cl

- Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe. "Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004)". Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC.Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC.Compilacion(1977-2004).pdf).

- CENTRO LEGAL PARA DERECHOS REPRODUCTIVOS Y POLITICAS PÚBLICAS. Perseguidas: proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador. New York, Estados Unidos. Ed. Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Publicas, 2000.

- CLADEM, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer. "Informe Nacional de Argentina sobre Aborto". Disponible en: <http://www.cladem.org/espanol/nacionales/argentina/argentina.asp>

- COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA (CENC). Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Santiago de Chile, 1976-1988.

- COOK, Rebecca J. "Prólogo". En: C-355/2006: Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional que Liberalizó el Aborto en Colombia. Women`s Link Worlwide, 2007. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_c3552006.pdf.

- DE LA CRUZ, Melba y MERCADO, Elizabeth. "El Aborto Terapéutico en Nicaragua: el Dialogo como Parte de la Solución". Acta bioética, 14 (1): 106-110, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2008000100014&script=sci_arttext

- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. Código Penal de la Republica de Chile; y, Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, Chile. Editorial Edeval, 1974.

- DE MIGUEL, J.M. & DÍEZ NICOLÁS J., Políticas de Población. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe, 1985. Disponible en: www.ced.uab.es

- EDITORIAL REVISTA CHILENA DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGIA. "¿Unsafe Abortion en Chile?". Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, 73 (6): 359-361, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-75262008000600001&script=sci_arttext

- ESCALANTE, Julia. "Legislación sobre Aborto en el Distrito Federal". En: Aborto: Acciones Médicas y Estrategias Sociales. Coordinadoras: Graciela Freyermuth y Erika Troncoso. Noviembre de 2008, México.

- ETCHEBERRY, Alfredo; Derecho Penal. 3ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. III.

- EVANS de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. Tomo I.

- FERNÁNDEZ V., Mariano. “Estado de la discusión en materia de aborto. La regla de penalización como un problema grave para las mujeres”. En: Proyecto de investigación: “Incorporación de perspectiva de género al NCP”. Dirigido por Myrna Villegas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, financiado por Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), Santiago, 2007.

- FIGARI, Rubén y BAILONE, Matías. El Aborto y la Cuestión Penal: Art. 85 a 88 Código Penal. Córdoba, Argentina. Editorial Mediterránea, 2006.

- GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo III.

- GIRE: Grupo de Información en Reproducción Elegida. Hoja informativa: “Leyes del Aborto en el Mundo”, 2009. Disponible en: <http://www.gire.org.mx/>

- GONZALEZ Vélez, Ana Cristina. “La Situación del Aborto en Colombia: entre la ilegalidad y la realidad”. Caderns de Saúde Pública, Río de Janeiro, 21 (2): 624-628, Mar-Apr. 2005. Disponible en: <http://www.scielo.br/>.

- GUZMAN, José Miguel. “El Derecho a la Integridad Personal”. En: Congreso Nacional de Derechos Humanos (1º, 2007, Santiago, Chile). Centro de Salud Mental y Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cintras.org/textos/congresodh/elderechoalaintegridadjmg.pdf>

- HERMOSILLA, Juan Pablo y VAN WEEZEL, Alex. “Contrapunto: el Aborto Terapéutico”. Revista Chilena de Derecho, 36 (1): 205-208, 2009. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000100013&script=sci_arttext

- HUMAN RIGHTS WATCH. Informe “Por sobre sus cadáveres: denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua”. Octubre, 2007. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/reports/2007/10/01/por-sobre-sus-cad-veres>

- HUMANAS: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, “Derechos Humanos, Selección de Tratados Internacionales y Recomendaciones de organismos Internacionales a Chile”, 2006.

- IBAÑEZ y García-Velasco, José Luís. La Despenalización del Aborto Voluntario en el Ocaso del Siglo XX. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1992.

- LAGOS Lira, Claudia. Aborto en Chile: el Deber de Parir. Santiago de Chile. LOM Ediciones, 2001.

- LAMAS, Marta. “La despenalización del aborto en México”. Revista Nueva Sociedad (220): 154-172, Marzo-Abril de 2009.

- LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Indicaciones y Causas de Justificación en el Aborto: Requisitos Generales. Cuadernos de Política Criminal, 1989.

- MAIRA Vargas, Gloria, SANTANA N., Paula y MOLINA S., Siomara. Violencia Sexual y Aborto: Conexiones Necesarias. Santiago de Chile. Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2008.

- MATURANA Kesten, Camila. Derechos Sexuales y Reproductivos en Chile a diez años de El Cairo. Santiago, RSMLAC; Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, 2004.

- MEDINA Quiroga, Cecilia. “Capítulo III: Derecho a la integridad personal”. En su: La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, vida, integridad personal,

libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Junio de 2005. Disponible en: www.cdh.uchile.cl/publicaciones/libros

- MEDINA Quiroga, Cecilia. "La situación de los Derechos Humanos de las Mujeres según el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Observaciones Finales realizadas por el Comité al Cuarto Informe Periódico de Chile". En: Anuario de Derechos Humanos N° 3. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2007. Disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/7SeccionNacional/anuario03_sec_nacionall_MedinaQuiroga.pdf.

- MIRANDA Montecinos, Alejandro. "El Principio del Doble Efecto y su Relevancia en el Razonamiento Jurídico". Revista Chilena de Derecho, 35 (3): 485-519, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000300005&script=sci_arttext

- MOLINA Blázquez, Concepción y SIEIRA Mucientes, Sara. El Delito de Aborto: Dimensión Constitucional y Penal. Barcelona, España. Editorial Bosch, 2000.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). "Aborto Sin Riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud", 2003. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), División de Salud Reproductiva. "Planificación Familiar Post-Aborto: Guía Práctica para Gerentes de Programas". New York, 1997. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/1997/WHO_RHT_97.20_spa.pdf.

- ORREGO Sánchez, Cristóbal. "Liberalismo y Libertad Religiosa en el Debate Político de la Justicia: Argumentos sobre el Aborto Legal". Revista Chilena de

Derecho, 26 (2):431-455, abril-junio, 1999. Disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650124>

- PITCH, Tamar. Un Derecho Para Dos: la Construcción Jurídica de Género, Sexo y Sexualidad. Madrid, España. Editorial Trotta S.A., 2003.

- POLITOFF Sergio, GRISOLIA, Francisco y BUSTOS Ramírez, Juan. Derecho Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

- POU Jiménez, Francisca. "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal". En: Anuario de Derechos Humanos N° 5. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2009. Disponible en:
http://www.cdh.uchile.cl/anuario05/6_Perspectivas_regionales/PerspectivasRegionales_FranciscaPou.pdf.

- PRECHT Pizarro, Jorge. "Consideraciones Ético-Jurídicas sobre el Aborto Terapéutico". Revista Chilena de Derecho, 19 (3): 509-525, 1992. Disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649706>

- PUJÓ, Soledad y DERDOY, Malena. "Algunas Notas Críticas sobre el Tratamiento Judicial del Aborto en Argentina". En: Anuario de Derechos Humanos N° 3. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2007. Disponible en:
<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2007.tpl>

- RESUMEN DE ARGUMENTOS: Fallo de la Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. Despenalización Parcial del Aborto. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/files/1.pdf>

- RODRIGUEZ Yunta, P. Eduardo. "Derechos del Cigoto desde una Perceptiva Biológica y Metafísica". Revista Chilena de Derecho, 28 (2): 263-270, abril-junio de 2001.

- ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, España. Editorial Civitas S.A., 1997. Tomo I.

- RUIZ Pulido, Guillermo. "Responsabilidad Penal del Médico". En: Seminario sobre Responsabilidad Médica (2002, Viña del Mar, Chile). Revista de Derecho, Agosto de 2003. Disponible en: <http://portal.cde.cl/wps/wcm/connect/74f0fb004fbf6345af88af46ce4e7365/7.pdf?MOD=AJPERES>.

- SANHUEZA Romero, Juana. "Tratamiento Jurídico del Aborto Terapéutico". Revista de Derecho. Universidad de Concepción, LVIII (187): 27-33, En-Jun, 1990.

- SIMPOSIO NACIONAL, Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres: Hablemos de Aborto Terapéutico. Santiago, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, 1993.

- STANLEY, Ross. Charles. The right of Privacy and Restraints on abortion under the "Undue Burden Test": A Jurisprudential Comparison of Planned Parenthood v. Casey with European Practice and Italian Law. En: Apunte de la Cátedra de Derecho Privado, Profesora Verónica Undurraga Valdés. Estados Unidos: Ind. Int'l and Comp. L. Rev, 2002.

- UGARTE, Godoy. José Joaquín. El Derecho a la Vida: el derecho a la vida bioética y derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- UNDURRAGA Valdés, Verónica. "Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres". En: Anuario de Derechos Humanos Nº 3. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2007. Disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/7-SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalIII_UndurragaValdes.pdf.

- VALENZUELA, Carlos. "Aborto: Aborto Terapéutico y Ética Científica". Colegio Médico de Chile. Disponible en: <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251>

- VALENZUELA, Carlos. "Ética Científica del Aborto Terapéutico". Revista Médica de Chile, 131 (5): 562-568, Mayo de 2003. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci_arttext

- VARELA Del Solar. "Derechos Humanos y Aborto". Revista de Derecho Público (47-48): 195-218, diciembre-enero de 1990.

- VIVANCO Martínez, Ángela. "El Derecho a la Vida y la Discusión acerca del Concepto de Persona Humana en el Ámbito Constitucional". Revista Chilena de Derecho, 28 (2): 467-480, abril-junio de 2001.

Diccionarios:

- Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición, 2000.

Fuentes Normativas:

- Código de Ética del Colegio Médico de Chile (A.G.)
- Código Penal de Argentina.
- Código Penal de Chile.
- Código Penal de Colombia.
- Código Penal de El Salvador.
- Código Penal de España.
- Código Penal de México.
- Código Penal de Nicaragua.
- Código Sanitario de Chile.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- República de Chile, Historia Fidedigna de la Ley 18.826.

Instrumentos Internacionales:

- Carta de las Naciones Unidas.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia Contra la Mujer.

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Programa de Acción sobre Población y Desarrollo.

Fuentes Informáticas:

www.amnesty.cl

www.bcn.cl

www.choike.org

www.cintras.org/textos/congreso

www.despenaliza.cl

www.despenalizaciondelaborto.org

www.gire.org.mx

www.humanas.cl

www.nosotrasdecidimos.org

www.ordenjuridico.gob.mx

www.un.org/esa/population/publications/abortion

www.un.org/womenwatch//.../cedaw

