



UNIVERSIDAD DE CHILE

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

ABORTO TERAPÉUTICO
**La problemática de su aplicación en
el Sistema Jurídico Chileno**

MEMORIA DE PRUEBA
PARA OPTAR AL GRADO
DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.

PROFESOR GUÍA : ENRIQUE NAVARRO
BELTRÁN

AUTOR: GONZALO PATRICIO LAZO QUEZADA

SANTIAGO – CHILE
ENERO 2007

ÍNDICE

	Pág. N°
INTRODUCCIÓN.....	8
 CAPÍTULO I	
ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONCEPTO DE ABORTO TERAPÉUTICO.....	11
 CAPÍTULO II	
PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO.....	19
A. Problemática ética sobre la procedencia del aborto terapéutico.....	20
A.1 Consideraciones bioéticas del aborto terapéutico.....	28
A.2 La problemática del aborto eugenésico.....	35
B. Problemática jurídica sobre la procedencia del aborto terapéutico.....	38
 CAPÍTULO III	
ABORTO TERAPÉUTICO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.....	48
A. Historia del artículo 19 N°1 inc.2 de la Constitución Política de la República de Chile.....	48
B. El problema interpretativo del artículo 19 N°1 inc.2° de la Constitución Política de la República de Chile.....	70

C. Opiniones doctrinarias relativas a la constitucionalidad del aborto terapéutico.....	75
D. Jurisprudencia Nacional.....	85
E. Pactos Internacionales.....	100

CAPÍTULO IV

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA CHILENA.....	102
A. Historia del aborto terapéutico en la Legislación Chilena.....	102
B. Antecedentes de la ley 18.826 y la modificación del artículo 119 del Código Sanitario.....	105
C. Punibilidad del aborto terapéutico en el Derecho Penal Chileno.....	124
D. Legislación comparada.....	131
E. Proyectos de ley despenalizadores.....	137

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	144

DEDICATORIA

A mi familia...

AGRADECIMIENTOS

Mis agradecimientos van dirigidos a esta gran institución como lo es nuestra Escuela de Derecho de la Universidad de Chile por todas las posibilidades que me brindó no sólo en la elaboración de esta tesis sino en toda mi formación académica. Además, en forma especial agradecer la orientación brindada por el profesor Teodoro Ribera Neumann a través del taller de memoria dirigido por él durante el segundo semestre del año 2002, y al profesor Enrique Navarro Beltrán que contribuyó a la finalización de este trabajo.

Finalmente, quiero agradecer a todas aquellas instituciones y/o personas que me brindaron las facilidades durante el desarrollo de esta investigación.

- EL AUTOR -

RESUMEN

Esta obra pretende abordar una materia bastante polémica y nebulosa en nuestro sistema jurídico como es el aborto terapéutico, intentando mostrar al lector, más que una respuesta definitiva, las distintas posibilidades que existen en cuanto a la probabilidad de que un aborto con fines terapéuticos se llegase a permitir y practicar en nuestro país sin que se incurra en una vulneración a los preceptos constitucionales.

Con el fin de hacer sencilla la comprensión del material expuesto, he ordenado y desarrollado los temas de manera expositiva, de modo tal que el lector pueda entender: 1º qué es el aborto terapéutico y cuál es su ámbito de aplicación; 2º cuáles son los problemas que existen en su aplicación, tanto a nivel ético como jurídico, así como los criterios bioéticos que utilizan los facultativos para ejecutarlo, señalando las diversas posturas que hay al respecto y ; 3º cuál es la situación del aborto terapéutico en Chile, en cuanto a su procedencia a nivel constitucional y legal.

A objeto de desarrollar los diversos puntos a tratar se han consultado diversas obras, tanto de autores nacionales como extranjeros, de manera de

enriquecer los distintos puntos de vista que pueden haber sobre un mismo tema.

Finalmente, el lector se irá dando cuenta de por qué en nuestro sistema jurídico el aborto terapéutico tiene un estatus tan impreciso, el cual vacilaría entre lo lícito e ilícito. Es por esta razón que he pretendido, a partir de los conocimientos adquiridos en esta investigación, presentar en la conclusión de este texto una postura precisa y fundada sobre la o no procedencia de este tipo aborto en nuestro sistema jurídico.

INTRODUCCIÓN.

El tema del aborto terapéutico es un problema que ya ha sido resuelto prácticamente en todas las legislaciones del mundo, siendo nuestro país uno de los pocos en que se podría afirmar que este tipo de aborto está absolutamente prohibido por lo confusa que puede resultar la normativa aplicable en esta materia, ya sea tanto a nivel constitucional como legal.

Es por ello que me ha parecido interesante realizar esta investigación a fin de conocer la situación del aborto terapéutico en Chile y las soluciones que otras legislaciones han desarrollado en los diversos puntos de este tema, las cuales se mostraran a lo largo del desarrollo de esta tesis.

El objetivo del presente trabajo es, por sobre todo, determinar si el aborto terapéutico tiene o no cabida en nuestro sistema jurídico, analizando si su procedencia encuentra problemas con nuestra Carta Fundamental, debido a la interpretación que se le puede dar al inciso 2º del primer numeral de su artículo 19, o si los problemas de su aplicación los encontramos a nivel legal debido a la supuesta prohibición absoluta que ha

impuesto el Artículo 119 del Código Sanitario y que es sancionado como delito de aborto por nuestro Código Penal.

Desde ya, cabe señalar que las diversas posturas interpretativas que se barajan, tanto a nivel constitucional como legal, siempre dependerán de las posturas éticas y jurídicas que se tengan respecto al feto en cuanto a ser o no considerado una persona tal cual como la madre embarazada, y si éste es sacrificable a favor de ella cuando su salud o vida se ven en grave peligro. Es así que se hace necesario desarrollar la problemática tanto ética como jurídica que se debe considerar para determinar la procedencia del aborto terapéutico en un sistema jurídico, puesto que constituye una cuestión previa al establecimiento de la ley positiva, la cual viene a reflejar los valores y concepciones imperantes en un momento determinado de la sociedad.

Además, es sumamente importante analizar la postura de los facultativos en este tema, porque en lo concreto son ellos los que deciden si es o no necesario interrumpir un embarazo por el riesgo que corre la mujer, y si la decisión tomada es conforme a su *lex artis* y por lo tanto a derecho.

Para terminar, a fin de darle uniformidad a la bibliografía consultada y con el propósito de desarrollar una presentación clara y precisa, los diversos puntos que comprende el aborto terapéutico han sido tratados y ordenados de manera tal que de lo general se llegue a lo particular, conforme a una metodología expositiva que ayude al buen entender de esta materia.

CAPITULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONCEPTO DE ABORTO TERAPÉUTICO.

La gran regla imperante en todas las legislaciones del mundo es la tipificación penal del aborto provocado, sea o no consentido por la madre, pues ni aún las legislaciones más permisivas se han atrevido a despenalizar a esta figura sea por razones de política criminal, o bien por razones de tipo demográfico y ético¹. Sin embargo, en casi la mayor parte de los ordenamientos nacionales se contemplan excepciones a la protección del bien jurídico denominado vida dependiente, las cuales obedecen al reconocimiento del derecho a la autodeterminación reproductiva de la embarazada o al estado de necesidad en que esta pueda encontrarse. De esta manera, el aborto es visto como un injusto que sólo excepcionalmente puede provocarse, punto en el cual no hay discusión al respecto en la mayoría de las legislaciones, puesto que las diferencias surgen en relación a los requisitos que deben concurrir para autorizar la interrupción del

¹ Huerta Tocildo S. , “Criterios para la reforma del delito de aborto”, en Notas legislativas preparadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, s. impr., Madrid, s.a, pág. 78.

embarazo. Así es como en el derecho comparado han nacido los sistemas legales que permiten causar un aborto de manera lícita, sistemas que admiten una clasificación atendiendo a los requisitos que cada legislación pueda exigir para que se dé la excepción.² Siendo buen ejemplo de ello el caso español, pues en dicho país se aprobó que la mujer puede decidir el aborto si el embarazo le supone un conflicto personal, familiar o social de gravedad semejante a las situaciones de riesgo para su vida o salud- física o síquica, malformaciones en el feto, o violación.³

De la aludida clasificación del párrafo anterior podemos distinguir entre *la solución de plazos* y *la solución de las indicaciones abortivas*.

a) ***La solución de plazos*** consiste en un reconocimiento del derecho que tiene la mujer para poder disponer libremente sobre su embarazo dentro de un período determinado de tiempo, plazo que puede llegar hasta

² Así, por ejemplo, el texto de la ley italiana 194/78 reza en su art. 4 de la siguiente manera: “Para la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los primeros noventa días, la mujer que acuse circunstancias por las cuales las cuales la prosecución del embarazo, el parto o la maternidad comporte un serio peligro para la salud, o de sus condiciones económicas, o sociales o familiares, o con las circunstancias en que se ha efectuado la concepción, o como prevención por anomalías o malformaciones del concebido, se dirige a un consultorio público o a una estructura socio-sanitaria habilitada para ello en la Región, o a un médico de su confianza.”

³ Barra, Rodolfo Carlos, “Estatuto Jurídico del Embrión Humano”, en III Encuentro de Políticos y Legisladores de América, Buenos Aires, Argentina, 3-5 de Agosto de 1999, pág.2

las 12 semanas de gestación,⁴ lo que el carácter de lícito o ilícito del aborto dependerá primordialmente del momento en que se ejecuta.

En algunos casos, la despenalización del aborto dentro de un plazo trae consigo la obligación de la madre de asistir a sesiones de orientación antes de tomar la decisión.⁵

b) *La solución de las indicaciones* se diferencia del sistema de plazos en que aquí opera un sistema de regla-excepción, en el cual el aborto provocado es, en principio, punible, sin importar el momento de su realización, y que excepcionalmente puede autorizarse si concurre alguna de las indicaciones siguientes:

1-La **indicación eugenésica**, en ella el aborto está justificado cuando se advierten en el feto anomalías genéticas que pueden traducirse en graves taras físicas o mentales. En la legislación comparada tiene muy poco reconocimiento por razones de carácter ideológico, ya que en el

⁴ Este plazo se debe a que a partir del tercer mes de embarazo hay un mayor riesgo para la embarazada, y fundamentalmente a la aparición del sistema nervioso central y de la actividad cerebral en el feto. Esta tesis la planteó el biólogo francés Jacques Monod, y sirvió de inspiración para ley francesa de aborto del 18 de enero de 1975, en la cual se consideraba legal el aborto practicado en los tres primeros meses de gestación, siempre que la mujer presente un cuadro de desesperación y angustia.

⁵ En estas sesiones no sólo se le presta atención psíquica a la embarazada sino que también ayuda social, como es en el caso de Italia.

pasado, con este tipo de indicaciones, ciertos regímenes políticos tendieron a cometer abusos⁶. Éste tipo de indicación abortiva merece ser analizada más adelante en el presente trabajo puesto que en ciertos casos se le disfraza como terapéutica.

2-La **indicación ética o criminológica**, en este tipo de indicación se autoriza el aborto cuando el embarazo es producto de un atentado contra la libertad sexual- violación o estupro- o de relaciones incestuosas. En Chile, aunque no se acepta tal indicación, se puede reconocer su influencia en el tipo penal del artículo 344 inc.2º del Código Penal, el doctrinariamente llamado *aborto honoris causa*⁷, el cual tiene una penalidad menor basada en la motivación anormal de la mujer que la impulsa a cometer el delito, la honra que se refiere al concepto público acerca del decoro y corrección en materias sexuales.

3-La **indicación económica o social**, constituye una autorización en el caso de grave incapacidad de la embarazada o de su grupo familiar para enfrentar los desafíos económicos que importa el nuevo hijo que llega. Los

⁶ Este es el caso de la Alemania de Hitler en la cual se practicaba este tipo de aborto principalmente con las minorías étnicas.

⁷ Apuntes personales, Curso de Derecho Penal II del año 2001, de la Cátedra impartida por el profesor Vivian Bullemore G.

ejemplos más comunes son la cesantía prolongada y sin posibilidad cierta de término, existencia de una prole numerosa, la existencia de enfermedades sumamente costosas y, en general, situaciones de evidente miseria. Lo importante es que no se trata de meras dificultades económicas, sino situaciones verdaderamente graves.

4-Finalmente, dentro del sistema de indicaciones, tenemos la **indicación terapéutica**, en virtud de la cual el aborto se autoriza en cualquier tiempo del embarazo, cuando su realización sea considerada necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o mental de la madre.

Por lo que se puede definir el **aborto terapéutico** como aquel acto voluntario destinado a poner fin a la existencia del feto en virtud de una autorización legal, autorización que se basa en el hecho de que médicamente es la única vía para evitar la muerte de la madre o causarle un grave daño a su salud física o psíquica.

En éste tipo de aborto lo terapéutico está fundado en razones de tipo preventivas y curativas. Serían preventivas en el caso que se considera que la gestación podría agravar o empeorar el pronóstico de una enfermedad de base y curativas cuando se considera que el embarazo está causando un

peligro para la vida de la madre. Por ejemplo, en el caso de enfermedades siquiátricas, se considera preventivo el evitar una descompensación sicótica postparto y curativo el impedir un eventual suicidio en el caso de rechazar la solicitud de aborto.⁸

Normalmente la ley que autoriza el aborto terapéutico exige que la intervención sea llevada a cabo por un médico, en un medio sanitario y en algunos legislaciones se necesita el consentimiento de la madre embarazada⁹.

Finalmente para una mayor comprensión de lo que es el aborto terapéutico, de importancia resulta destacar la clasificación de aborto dentro de la cual éste se encuentra inserto¹⁰, clasificación que depende de la intervención de la mano del hombre en su producción. Y es por ello que el aborto para estos efectos puede ser:

⁸ Besio Rollero, Mauricio, “Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico”, en Boletín Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pág. 28.

⁹ En el art.7 de la ley italiana de 22 de mayo de 1978 se establece todo un procedimiento para practicar el aborto terapéutico.

¹⁰ Vivanco, Ángela y Besio Rollero, Mauricio, “Aborto terapéutico, consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia Católica”, Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Bioética, Departamento de Ginecología y Obstetricia, Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, s.impr., Santiago, 2002, pág. 6-8.

a) **Espontáneo** (también llamado casual o natural o involuntario), es espontáneo cuando se produce por alguna patología del concebido o de algún progenitor, independiente de la voluntad de ellos o de terceros, por lo que no hay responsabilidad directa al respecto.

b) **Provocado** (también conocido como intencionado, artificial o voluntario), es causado voluntariamente por el hombre, se trata de aquel resultante de maniobras destinadas directamente a provocar la muerte del feto. Se pueden distinguir dos tipos de aborto provocado:

-**Directo**: es aquel que está derechamente encaminado a dar muerte al no nacido, como fin o como medio. Y este es el caso de la indicación terapéutica, en que el aborto está autorizado para salvar la salud o vida de la madre.

-**Indirecto**: es aquel que se produce como efecto secundario e inevitable previsto, pero no querido, de una acción buena, exigida por razones graves, compensatorias del efecto malo del aborto, y si se pudiera evitar, se evitaría. Este corresponde a lo algunos denominan aborto terapéutico indirecto, que se produce como consecuencia de tratamientos médicos dados a la madre por razones de riesgos a su salud o vida. En él

no se desea la muerte del feto, pero su ocurrencia se acepta como inevitable.

Para los penalistas, el primer tipo de aborto provocado importaría un dolo directo, mientras que el segundo contendría como elemento subjetivo del tipo penal un dolo de carácter indirecto, lo que podría tener importancia a la hora de determinar la punibilidad del aborto terapéutico en nuestro sistema penal, sin embargo este tema corresponderá analizarlo más adelante.

CAPÍTULO II

PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO.

El aborto terapéutico es un tema que siempre ha revestido un carácter polémico y que suscita confrontaciones desde el punto de vista ético y jurídico. Este choque de posiciones nace de la colisión de dos valores o bienes jurídicos como son , por una parte la vida o salud de la madre embarazada, y por la otra, la vida del feto o *nasciturus*(la denominada vida dependiente), conflicto consistente en el hecho que la salvación de uno de ellos significa necesariamente el detrimento del otro.

Esta discusión tiene especial importancia en un país como Chile, en que quedó aparentemente vedada la práctica de cualquier tipo de aborto como consecuencia de la modificación del artículo 119 del Código Sanitario en 1989, cuyo texto permitía la ejecución del aborto con fines terapéuticos¹¹ , medida que va en contra de la tendencia mundial en que se aboga por sistemas menos restrictivos de acceso al aborto.¹²

¹¹ El antiguo artículo 119 del Código Sanitario establecía “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

El plano ético y jurídico están tan estrechamente vinculados en éste tema que es necesario realizar un análisis de las diversas posturas que hay en una y otra perspectiva, posturas que influyen - en definitiva - si en un determinado ordenamiento jurídico se instituye o no la indicación terapéutica como excepción a la punibilidad del delito de aborto.

Lo lógico es comenzar por las diversas argumentaciones respecto de la permisividad ética para proceder a la ejecución de un aborto terapéutico y, luego realizar lo mismo con los argumentos jurídicos que se barajan al respecto .

A. Problemática ética sobre la procedencia del aborto terapéutico.

El punto neurálgico de esta discusión se encuentra en la idea de considerar o no al nasciturus como una persona humana y si es sacrificable en pos del interés de la madre, cuya salud o vida se pueden ver afectadas de continuar con el estado de embarazo.

¹² Casas, Lidia,“La Despenalización del Aborto”. Revista de la Academia de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, N°2, 1993, pág. 35.

Además, es importante examinar la problemática bioética que deben enfrentar los facultativos para prescribir un aborto como solución ante el peligro que corre la vida o salud de la madre de seguir adelante con la gestación, pues en definitiva su postura debe ser escuchada a la hora de hablar de aborto terapéutico debido al trasfondo científico de la cual está revestida, y que debe ser tomada en cuenta para concebir una postura racional.

Siguiendo al Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española “persona” se define como “un individuo de la especie humana”, pero éste no da señales respecto desde cuándo se entiende que existe la persona. Esto se debe a que el concepto de vida humana es un concepto profundamente valorativo, lo cual no quiere decir que se daba pasar por alto las realidades biológicas, las cuales deben contribuir al sustrato imprescindible sobre el cual se construye todo juicio de valor¹³, dado que los puntos de referencia habitualmente utilizados para realizar estas valoraciones tienen que ver con la idea de lo que se entiende por un ser humano pleno.

¹³ Díez Ripollés, José Luis, “Comentarios a la Legislación Penal”, Tomo IX, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pág. 20.

Desde ya se puede deducir que, si se adopta la posición de que el feto simplemente no es una persona, no habría ningún problema en señalar que es totalmente sacrificable a favor de otro valor de mayor entidad como puede ser la vida o la salud de la madre, no existiendo mayor discusión al respecto que impida realizar un aborto con fines terapéuticos, puesto que el mayor valor de todos es la vida de una persona la cual no puede ser perjudicada para hacer prevalecer valores cualitativamente inferiores . Sin embargo, las cosas no resultan para nada sencillas si se considera que el nasciturus es una persona al igual que la madre, debido que se estaría destruyendo un valor para salvar a otro de igual entidad, y que claramente el establecimiento de la indicación terapéutica dejaría en una situación de desigualdad al no nacido.

El problema en determinar si el nasciturus es persona no está para nada solucionado y las posturas son diversas al respecto, no habiendo conformidad ni siquiera en la respuesta que nos pueda señalar desde cuándo existe la persona, diferencias que se dan en diversas áreas como son la científica, filosófica, religiosa, moral, jurídica, entre otras.

Según Ulpiano el concebido no nacido no era una persona, considerándose parte del cuerpo la madre¹⁴, que era sino una víscera. Fundándose en el hecho de que, antes del parto, al marido le era imposible ejercer la patria potestad, la cual permitía, entre otras facultades, que el padre pudiese contar con la compañía de su hijo, apartándolo de la madre¹⁵. Era por ello que la mujer podía practicarse un aborto con total libertad más aún si su vida o salud corren peligro. Sin embargo, esta postura tiene como contrapartida el hecho de que el feto tiene vida propia a diferencia de otros órganos, y que, como el mismo Ulpiano lo señalaba, cuenta con la posibilidad de que en el futuro fuera un ser humano, característica que lo haría distinguirse de los órganos propiamente tales. Además, el feto es -a lo menos- poseedor de vida humana, idea que es tan extendida que no merece mayor argumentación.¹⁶

Un sector significativo señala que hasta el nacimiento, o hasta fases avanzadas del embarazo no se puede hablar de persona, debido a que la

¹⁴ Messina de Estrella Gutiérrez , Graciela, “Bioderecho”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 46.

¹⁵ Pacheco Escobedo, Alberto, “La Persona en el Derecho Civil Mexicano”, Editorial Panorama, México, D.F., 1992, pág. 80.

¹⁶ Ver Díez Ripollés, José Luis, op. cit., pág. 13.

criatura debe tener la capacidad de vivir en forma autónoma de la madre, circunstancia claramente perceptible en una persona nacida, la cual ya no tiene una relación de interdependencia biológica con otro ser humano para subsistir por sí mismo, no existiendo esta individualidad consolidada por parte del nasciturus. De esta manera fundamentan su postura para no obligar a hablar de persona desde la fecundación.¹⁷

Frente a lo anterior están aquellos que consideran que desde la fecundación se puede hablar de vida humana. Los argumentos empleados van, desde una remisión aparentemente carente de valoraciones previas a los datos de la biología, considerando los criterios antropológicos meras argucias, a la muy extendida opinión de que desde la concepción el ser en gestación posee el código genético completo que permitirá todo su desarrollo posterior, pasando por la idea de que desde la fecundación se aprecia un desarrollo ininterrumpido del ser humano, sin saltos cualitativos como mínimo hasta el nacimiento.¹⁸

¹⁷ Ídem, pág. 34. Entre los mencionados que apoyan esta postura están Huerta Tocildo, Muñoz Conde, Cuerda Riezu, entre otros.

¹⁸ Ídem, pág. 35 y 36. Entre los citados están Díez Moreno, Zamorano Velayos-Reinoso, Serrano Ruíz-Calderón.

Interesante es la postura del profesor José Luis Díez Ripollés que sostiene que al nasciturus se le protege en la medida en que es posible que pueda dar lugar a una persona , si se quiere, en cuanto es una esperanza de persona o una persona en potencia. Señalando, además, que este dato no es suficiente para darle la calidad de persona al nasciturus, no obstante que tenga vida humana actual, la cual puede estar sometida a limitaciones,¹⁹ entre las cuales podemos incluir el caso en que el embarazo ponga en grave riesgo la vida o salud de la mujer.

Por otra parte, es claro que la postura de la Iglesia Católica es firme al sostener que las personas existen desde el momento de la fecundación, y por ello condena todo tipo de aborto querido como fin o como medio, por ser un desorden moral grave, en cuanto persigue la eliminación deliberada de un ser humano inocente. Y que el aborto terapéutico sólo es permitido cuando es indirecto, es decir, cuando procurando el salvar tanto a la madre como al hijo, accidentalmente se produce la muerte de este último. Esta doctrina se funda en la ley natural y en la palabra de Dios,²⁰ por lo que

¹⁹ Ídem, pág. 36.

²⁰ Esta postura es expresada por el Papa Juan Pablo II en la Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de marzo de 1995.

desde el punto de vista moral cristiano , todo aborto provocado directo, incluido el terapéutico, es inmoral, pues constituye un homicidio. Al mismo resultado llega la moral natural, aún prescindiendo de consideraciones religiosas. Sólo el aborto terapéutico indirecto es autorizado moralmente.²¹

Entonces, al no estar bien delimitado el comienzo de la existencia de las personas, el verdadero problema que se presenta en esta parte es justificar la práctica del aborto terapéutico ante la postura más conflictiva , que es aquella que sostiene que el feto es una persona.

Se ha llegado a señalar que es justificable el aborto terapéutico por la razón de que existe un principio de legítima defensa que permite matar a otra persona para defenderse , por lo que también se podría matar a un individuo en gestación que atenta contra la vida o salud de su madre. Sin embargo, por otro lado, se replica diciendo que tratándose del aborto terapéutico no existe una voluntad de matar o lesionar por parte del nasciturus, voluntad que sí existe cuando se habla de legítima defensa. Cuando uno se defiende de un individuo que ataca, la idea no es quitarle la

²¹ Prech Pizarro, Jorge E.,“Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”. Revista Chilena de Derecho, vol. XIX, N°3, Santiago, 1992, pág. 509-525.

vida, sino salvaguardar la del atacado. En el caso del aborto terapéutico el feto no está agrediendo sino que está en una situación de dependencia de la madre, y si no hay agresión, tampoco puede haber legítima defensa²². Otros señalan que, en realidad, lo que justifica el aborto terapéutico es el estado de necesidad de la madre que ve afectada su vida o salud a causa del embarazo, sin embargo al ser un tema más jurídico que moral éste se tratará más adelante.

Finalmente, también se podría señalar que la confrontación entre salud de la madre y vida del feto, el parangón está desequilibrado puesto la vida del que está por nacer no puede ser instrumentalizada en pro de la salud de la madre (pues sería un valor secundario frente a éste). Además hay que tener presente que la maternidad en sí supone un riesgo, como cualquier otra tarea en la vida, para la propia salud²³.

²² Ver Díez Ripollés, José Luis, op. cit., pág. 63.

²³ Sgreccia, Elio, “Manual de bioética”, Editorial Diana, México D.F., 1996, pág. 369.

A.1 Consideraciones bioéticas del aborto terapéutico.

Definitivamente es fundamental tener en cuenta la postura de los facultativos en esta materia, porque en lo concreto son ellos quienes determinan si se deberá proceder a la ejecución del aborto terapéutico, decisión - como se verá - que no resulta del todo fácil de tomar.

En esta parte de la presente obra me parece interesante lo señalado por Elio Sgreccia²⁴, en cuanto al tratamiento que le da al aborto terapéutico mirado desde esta perspectiva, puesto que, para él, es necesario realizar ciertas observaciones y distinciones en este tema.

Este autor no está de acuerdo con la denominación de “terapéutico” que se le da al aborto en estos casos, puesto que no se trataría de una terapia, ya que no reuniría una de las condiciones para que se pueda hablar de principio terapéutico, ya que la intervención médico-quirúrgica busca directamente curar o eliminar la parte enferma del cuerpo. Siendo que, en este caso, no se trata de actuar sobre una enfermedad, sino que más bien se piensa en la supresión del feto (sano) para evitar que se agrave la salud o el peligro de muerte. En que el paso no es desde la acción terapéutica sobre la enfermedad para alcanzar la salud, sino que más bien se configura una

²⁴ Ídem, pág. 364 y siguientes.

acción sobre lo que está sano (el Feto), para prevenir una enfermedad o el peligro de muerte. Que a lo sumo, sería mejor hablar de *interrupción del embarazo en presencia de peligro para la vida o salud de la madre*. Incluso hay médicos que señalan directamente que es contradictorio el término de “aborto terapéutico”, puesto que no se puede decir que el matar a una persona es una terapia.²⁵

Sgreccia, señala que solamente el denominado aborto indirecto entraría en la acepción propiamente terapéutica, es decir aquel aborto producido consecencial y necesariamente por la intervención realizada en la madre para salvar su salud o vida, y no debido a que se usó como medio o como fin de sanación, colocándose como ejemplo típico el caso en que se extirpa un tumor uterino, lo cual importa indirectamente la muerte del feto. Este tipo de aborto ni siquiera se discute, puesto que es completamente ético, incluso el mismo Vaticano está de acuerdo con él , incluso algunos afirman que es el único tipo de aborto que está permitido

²⁵ Dr. Patricio Ventura-Junca, Director del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Chile, en opinión sobre el aborto terapéutico, en reportaje realizado por Loreto Aravena y Fernando Bianchi, en Revista Qué Pasa, Editorial Copesa, en edición de 26 de abril de 2002.

en Chile.²⁶ Es por ello, que interesa la forma en que éticamente sería procedente la práctica de un aborto directo con fines “terapéuticos”.

El Dr. Mauricio Besio Rollero²⁷, siguiendo a Sgreccia, señala que el aborto terapéutico directo en la literatura médica, incluso en la mayor parte de las legislaciones nacionales, tendría los siguientes alcances:

1- Se propone el aborto “terapéutico” como único medio para salvar la vida de la madre, porque la continuación del embarazo representaría con certeza moral la causa de la muerte de la madre. Y esta hipótesis nos puede dar lugar a dos situaciones:

- a) que la prosecución del embarazo importe la muerte segura de ambos;
- b) que la continuación del embarazo importe con seguridad la muerte de la madre, pero con la esperanza de salvar al hijo.

2- Se propone el aborto “terapéutico” para salvaguardar la salud de la madre. También esta hipótesis puede dar procedencia a las siguientes situaciones:

²⁶ Ver Prech Pizarro, op. cit ., pág. 509 a 525.

²⁷ Ver en Besio Rollero, Mauricio, op. cit., pág. 32 a 34.

- a) que la prosecución del embarazo represente un riesgo mortal para la vida de la embarazada, más aún que un daño a la salud;
- b) que la continuación del embarazo implique un agravamiento permanente de la salud de la madre;
- c) cuando se configura una afectación de la salud en general, entendiéndose como “el estado de completo bienestar físico, psicológico y emocional” ;
- d) cuando se produzcan repercusiones psicológicas derivadas del previsible empeoramiento de las condiciones económicas, por el hecho de que se trata de una concepción no deseada, o por el temor o la previsión de un feto con defectos o malformaciones.

Como se puede ver en estos casos, en la extensión de la expresión “aborto terapéutico” se podrían incluir otras formas de indicaciones como la eugenésica o socio-económica, las cuales son de bastante dudosa justificación, y no permiten una interpretación de tipo sanitario ni de tipo jurídico. Es por ello que es fundamental tener en consideración las siguientes observaciones:

- a) se deben presentar de hecho condiciones orgánicas que complican el embarazo, o en las cuales el embarazo hace que la salud se agrave;
- b) no debe ejecutarse la interrupción del embarazo cuando dicha acción no acarrea una mejoría sustancial de la salud;
- c) no debe practicarse el aborto cuando, a pesar de que el agravamiento es real, pueda ser afrontado con *métodos terapéuticos diversos de la interrupción*.

Sgreccia²⁸ señala, con una clara tendencia en contra de todo tipo de aborto²⁹ - salvo por el denominado “aborto indirecto”- ciertos parámetros que pueden servir a la orientación de ideas y acciones pro aborto terapéutico:

1. Que la persona humana es valor máximo en el mundo y trasciende cualquier otro bien temporal y cualquier consideración económica, pues la vida de cada individuo no es sólo un bien social inalienable, sino también

²⁸ Ver Sgreccia E., op. cit., pág. 368 y 369.

²⁹ En su obra Sgreccia deja ver su postura que considera al nasciturus como persona, no negando ser partidario de la posición que históricamente a mostrado el Vaticano respecto al tema.

un bien social y de todos; por lo que la sociedad tiene la obligación de defenderla y promoverla.

2. No se puede subordinar la vida de una persona a motivos sociales, ni siquiera de una persona en particular. Esto se debe a que la sociedad es para la persona y de las personas, por lo el llamado principio del “equilibrio de los valores” no tiene aplicación desde el punto de vista ético cuando se pretende aplicar la justificación social del aborto. No es el equilibrio lo que se debe buscar, sino la armonía y subordinación de los valores sociales respecto de la vida de la persona humana, porque el feto es persona y se estaría de otro modo justificando un asesinato a favor de valores de menor entidad.³⁰ Por esta razón quien autoriza el dar muerte directamente a una persona inocente lesiona al valor en que se funda la sociedad y cada una de las personas.

3. Que la vida física representa el fundamento primero e indispensable de todos los demás valores personales. Es por ello que el aborto, aunque sea “terapéutico”, equivale a la supresión total de todos los valores temporales que se fundan necesariamente en la vida física.

³⁰ Mackie J.L. ,“Ética, la invención de lo bueno y lo malo”, Editorial Gedisa, Barcelona, 2000, pág. 224.

4. No se puede invocar abusivamente el principio “terapéutico”, puesto que en la mayor parte de los casos es totalmente posible recurrir a otras alternativas que no implican la supresión de la vida del feto.

5. La obligación ética de la sociedad, de la ciencia y de cada uno en particular es prevenir con medios legítimos y lícitos las situaciones de riesgo y deterioro de la salud de las gestantes.

Por lo que en definitiva Sgreccia concluye:

a) Es deber del médico sostener la vida tanto de la madre como la del niño y proporcionar todos los medios para que se salven. Que entre estos medios no se puede dar muerte directamente al feto, pues la vida inocente no puede ser suprimida directamente por ninguna razón al ser un valor trascendente, ni directamente sacrificada a favor de otros aunque sea para salvar a alguien.

b) No se puede elegir salvar la vida de la madre actuando directamente para suprimir al hijo, porque nadie tiene derecho de elegir sobre la vida ajena. Este es el caso en que se prevé que la madre va a morir si prosigue el embarazo, con la esperanza de que se salve el hijo, y es aquí en donde se recomienda practicar una cesárea antes del fallecimiento o, si es posible, esperar hasta el momento de la muerte

natural de la madre. Incluso Sgreccia recomienda mantener artificialmente con vida a una mujer con muerte cerebral, a fin de hacer que el feto llegue a una etapa de desarrollo que pueda permitirle una vida autónoma fuera del útero.

A.2 La problemática del aborto eugenésico.

Esta expresión ya está en desuso por dos motivos: por evocar ciertas ideologías racistas y porque de hecho en muchos casos se le disfraza como aborto terapéutico, en cuanto que la presencia del feto afectado por malformaciones o defectos implica una amenaza para la salud psíquica de la madre³¹.

Fuera de consideraciones racistas, se ve a este tipo de indicación como un medio para impedir que estos sujetos comiencen una vida no humana, pero, sobre todo, para evitar una carga de sacrificios para las familias y para la sociedad.

Desde un punto de vista ético, en estos casos y en un plano general, se plantea la obligación de promover la investigación y el apoyo para

³¹ Especialmente si se toma en consideración el concepto que da la Organización Mundial de la Salud que define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.

prevenir las causas de las malformaciones, y apoyar a las familias con medios adecuados cuando se produzca al nacimiento de estos sujetos que imponen indudables cargas humanas y económicas, a veces difíciles de soportar.³²

Como se puede apreciar claramente en este punto las diferentes respuestas a la situación del aborto terapéutico se producen por la diversidad de actitudes o posturas que se tengan respecto a la criatura que está por nacer. Y de esto se puede dar como muy buen ejemplo la Declaración de Oslo de la Asociación Médica sobre el Aborto Terapéutico³³, que fue adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial

³² Sgreccia E., op. cit., pág. 373.

³³ Su texto actual señala: **1)** El primer principio moral que se impone al médico es el respeto a la vida humana desde su comienzo. **2)** Las circunstancias que ponen los intereses vitales de la madre en conflicto con los intereses vitales de su criatura por nacer, crean un dilema y plantean el interrogante respecto a si el embarazo debe o no ser deliberadamente interrumpido. **3)** La diversidad de respuestas a esta situación es producida por la diversidad de actitudes hacia la vida de la criatura por nacer. Esta es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada. **4)** No es función de la profesión médica determinar las actitudes y reglas de una nación o de una comunidad en particular con respecto a este asunto, pero sí es su deber asegurar la protección de sus pacientes y defender los derechos del médico dentro de la sociedad. **5)** Por lo tanto, donde la ley permita el aborto terapéutico, la operación debe ser realizada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso. **6)** Si un médico estima que sus convicciones no le permiten aconsejar o practicar un aborto, él puede retirarse, siempre que garantice que un colega calificado continuará prestando la atención médica. **7)** Esta declaración, si bien es respaldada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, no debe ser considerada como obligatoria para ninguna asociación miembro en particular, a menos que ella sea adoptada por la asociación miembro.

Oslo, Noruega, en agosto de 1970 y enmendada por la 35ª Asamblea de Venecia, Italia, en octubre de 1983, la cual tampoco es categórica frente al tema, dejando la solución a cargo de la ética profesional.

Finalmente, para concluir, resulta interesante señalar que el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en el título II, art. 26., “*De los deberes del médico hacia los enfermos*”, acoge los principios de esta Convención³⁴, al señalar, por una parte: “El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción”.

Sin embargo, este mismo código plantea la posibilidad de realizar un aborto cuando:

- se efectúa como medida terapéutica;
- la decisión sea aprobada por escrito al menos por dos médicos escogidos por su competencia;
- la operación sea efectuada por un médico especialista.

Por otra parte, el articulado contempla que “si el médico considera que su convicción no le permite aconsejar o efectuar un aborto, él debe retirarse, permitiendo la continuidad del cuidado médico con otro médico calificado”.

³⁴ Ver Vivanco, Ángela y Besio Rollero, Mauricio, op. cit., pág. 15-16.

B. Problemática jurídica sobre la procedencia del aborto terapéutico.

Desde esta perspectiva se nos presenta un problema similar que en el caso del análisis ético de la procedencia del aborto terapéutico, es decir, si se considera persona al nasciturus igual que la madre, y si éste merece o no igual protección por parte del ordenamiento jurídico, respuestas que son determinantes a la hora de decidir si se permite sacrificar al no nacido en favor de la vida o salud de la embarazada, y que eventualmente determinará la punibilidad de las conductas destinadas a suprimir la llamada vida dependiente. Sin embargo, se tratará con mucho mayor énfasis el tema de la protección de la vida del nasciturus por parte del ordenamiento jurídico y los límites a esta protección, porque el conflicto de la calidad de persona del feto prácticamente se agota a nivel ético.

En el ámbito jurídico la noción de “persona” ha variado a través de las sociedades y los tiempos. Siempre tuvo alguna conexión con criterios biológicos y filosóficos, pero no se puede decir que aquellos sean idénticamente seguidos por el ordenamiento jurídico imperante³⁵.

³⁵ Ver Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, op. cit. , pág. 43.

Prácticamente la mayor parte de los ordenamientos nacionales no le reconocen al feto la calidad de persona, sin embargo, hay otros como el derecho argentino, que reconoce en el artículo 70 de su Código Civil que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona y que los derechos que puede adquirir el nasciturus están sujetos a condición resolutoria, desapareciendo si nace muerto.³⁶ A diferencia del derecho chileno el cual señala en el artículo 74 del Código Civil que la existencia legal de las personas principia al nacer, con lo cual se podría afirmar que los no nacidos no son jurídicamente considerados personas, lo que implicaría una contradicción puesto que se no se condice a la prohibición del aborto terapéutico, puesto que se estaría ponderando la vida del nasciturus con igual valor que el de una persona nacida.

Según el profesor Etcheberry³⁷, si se afirmara que el nasciturus tuviera un derecho a la vida igual que el de las personas, las reglas civiles y penales que la regulan serían inconstitucionales por establecer consecuencias diferenciadas. Por lo que el feto no tiene un derecho a la

³⁶ Ídem, pág. 46.

³⁷ Etcheberry, Alfredo, "Derecho Penal", Tomo III, 3ª edición, Santiago, 1998, pág. 91 a 93.

vida igual que el de las personas. Una postura prácticamente idéntica plantea Bustos Ramírez³⁸, reafirmando que la vida de las personas se inicia al nacer, y que los derechos que le son protegidos al feto son ínfimos en relación a los derechos que se les resguardan a la persona. Por otro lado, hay quienes sostienen que al feto se le reconoce el mismo derecho subjetivo a la vida de que son titulares los que inequívocamente son personas, esto es, los seres humanos nacidos³⁹.

Sin embargo, para no enfrascarnos en una lucha de posturas que chocan entre sí, y que no nos llevan a una conclusión definitiva a si el feto es o no persona, lo mejor en este punto es conocer las soluciones que se proponen para justificar la muerte del feto a favor de la vida o salud de la madre a nivel jurídico, puesto que si la solución se fundamenta sólo en el hecho de reconocérsele la calidad de persona al feto la discusión se tornaría un círculo vicioso de argumentos en pro y en contra de una y otra postura, que hacen sino aparecer incoherencias en un ordenamiento jurídico y atenta contra la armonía de las soluciones con que éste debe

³⁸ Bustos Ramírez, Juan, “Simposio: Penalización o despenalización del aborto”, en Revista de la Academia de Derecho, N°2, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, pág. 19 y siguientes.

³⁹ Ver Prech Pizarro, Jorge E., op. cit., pág. 509 a 525.

contar. Pues el problema no se agota en ponerse de acuerdo respecto a lo que es persona, sino que es menester igualmente precisar que clases o grados de desarrollo de la vida humana son capaces o merecedores de protección jurídica⁴⁰.

Según Díez Repolles⁴¹, el que la vida humana no sea un derecho absoluto es algo que comparte una porción significativa de la doctrina, para la cual no hay ningún ámbito protegido jurídicamente que no sufra limitaciones en su tutela en situaciones de conflicto.

Por el contrario hay sectores que consideran la vida como un valor o derecho absoluto, eventualmente apoyando la imposibilitación de su relativización o graduación, por lo que aquellos que apoyan esta posición se ven obligados a negar la cualidad de persona al feto.

Cuestión distinta es la de sí, aceptada la relativización de la vida humana, debe otorgarse menos valor a la vida del nasciturus frente a la del nacido.

⁴⁰ Ver Díez Ripollés, José Luis, op. cit., pág. 34.

⁴¹ Ídem, op. cit., pág.61.

Las posturas relativizadoras implican un realce de las tendencias que parten de que la vida del feto va progresando en valor y/o protección a medida que avanza en su desarrollo hasta convertirse en un ser nacido.

Otro sector doctrinal, más numeroso, remitiéndose a fenómenos psicológicos-sociales más o menos precisos o a determinadas concepciones jurídicas de gran tradición, prefiere enfatizar puntos de vista ligados a la aceptación del nuevo ser por la sociedad. En que el nacimiento marcaría el instante decisivo de cara a la plena recepción de ese nuevo ser en la comunidad, quien a partir de entonces entraría a participar en la convivencia social, en un plano de igualdad con al resto de los ciudadanos, expresión de lo cual sería su consideración como persona⁴², por lo que la mayor protección por parte del ordenamiento jurídico se explica por el salto cualitativo que supone el nacimiento que importa su integración a la comunidad⁴³.

⁴² ídem, op. cit., pág. 62.

⁴³ Lorenzo Copello, Patricia, "Comentarios al Código Penal", parte especial I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 279.

En atención a lo expuesto se expondrá sintéticamente la solución que se propone para atender estas situaciones conflictivas, la cual tiende a la armonía de los intereses en juego.

Así, resulta bastante interesante el sistema de la ponderación de intereses en conflicto, en que dependiendo del peso que se le da a la vida del feto frente a los derechos de la madre- como persona nacida- se podrá disponer la muerte del gestado en favor de dichos derechos con una mayor o menor facilidad, todo esto en atención a las circunstancias que se den. Y para ver como opera este sistema, buenos ejemplos son los que dan la legislación Norteamericana y Alemana.

En EEUU este sistema se basó en la jurisprudencia que sentó el caso *Roe v. Wade*⁴⁴ de 1973, en que la Corte Suprema Federal de EEUU sentó las bases para que los Estados federados al legislar sobre el aborto no lo despenalizaran por completo, puesto que se les fija limitaciones al respecto, limitaciones fundadas en los intereses que hay en juego cuya ponderación se basa en el tiempo de gestación. De esta manera se señalaba

⁴⁴ Stith, Richard, “¿El embrión como persona? El aporte fundamental del derecho”, en “La Bioética, un reto del tercer milenio”, 2º Simposium Universitario, primera edición, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), México D.F., 2002, pág 113 a 115. En referencia a la sentencia pronunciada por la Corte Suprema Federal de EEUU el 22 de enero de 1973.

que conforme a la “regla de los intereses”, antes de terminar el primer trimestre de embarazo, la práctica de un aborto era una decisión que quedaba entregada al médico, el cual debía atender al bienestar de la mujer, el cual es el interés predominante; durante el segundo trimestre, el Estado puede intervenir regulando la práctica del aborto de un modo razonable en función de la protección de la salud y la vida de la mujer embarazada, y en este trimestre el nasciturus adquiere ya un peso cualificado, pues no por cualquier motivo se puede autorizar su supresión; a partir del tercer trimestre, el Estado puede incluso prohibir el diagnóstico médico, puesto que el feto tiene ya la capacidad de vivir extrauterinamente lo que no lo diferenciaría mayormente de las personas nacidas, y el aborto sólo sería admisible si es necesario para la preservación de la salud o la vida de la madre.

Este sistema de trimestres duró en EEUU hasta 1992 en que la Corte Suprema Federal, a propósito del caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, definió su nueva posición acerca del aborto, en que la ponderación se hace fundándose en la viabilidad del feto, conjugándose en tres principios:

1) Antes de la viabilidad del feto, la mujer tiene derecho a escoger el término de su embarazo; 2) una norma legal establecida para implementar el interés del Estado en la protección de la vida fetal que imponga una carga indebida en la decisión de la mujer antes de la viabilidad es inconstitucional; 3) después de la viabilidad, el Estado puede legítimamente, sí así lo escoge para proteger la vida fetal, regular o incluso prohibir el aborto, salvo cuando el aborto es necesario, conforme a un adecuado juicio médico, para la preservación de la salud o la vida de la madre.

Por lo que se puede afirmar que en el caso norteamericano, los derechos de la mujer son preponderantes por sobre la vida del feto, pero la vida de este último va adquiriendo un mayor peso en la medida que va adquiriendo viabilidad, pero siempre es posible abortar en caso de que el embarazo ponga en riesgo la salud o vida de la madre.

En cuanto al caso germano, la postura del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁴⁵ señala que la vida del feto constituye un límite para la autonomía de la mujer, por lo que se le reconoce un gran peso a la vida del gestado. Sin embargo, el deber de protección del nasciturus no es absoluto,

⁴⁵ Ídem, pág. 115 y 116.

en el sentido que no reconozca límites frente a otros bienes jurídicos. Y que particularmente resultan afectados por la protección de la vida del no nacido otros derechos como son la dignidad, el derecho a la vida y la integridad corporal y psíquica de la mujer embarazada. Por lo que el ordenamiento jurídico le impone a la mujer el deber de sobrellevar el embarazo. Sin embargo, dicha obligación es inexigible cuando esta carga excede la medida de afectación de la autonomía de la mujer que normalmente va unida al embarazo, por lo que este deber es inexigible cuando dicho embarazo constituya un peligro para la vida o la salud de la mujer.

A diferencia del caso norteamericano, en Alemania se le da gran peso a la vida del feto en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la vida del nasciturus está limitada, y entre esos límites se encuentra el caso en que el embarazo constituya un riesgo para la salud o vida de la madre.

En consecuencia, si se ponderan los dos bienes jurídicos en conflicto, y se favorece, otorgándole una mayor ponderación a la salud o vida de la mujer, no hay duda de que el feto es sacrificable, lo que no significa que no se reconozcan límites a la libertad para abortar. En cambio, si la ponderación favorece al feto, tampoco significa que éste se

encuentra absolutamente protegido, pues también se reconocen límites, y que en el caso del aborto terapéutico la mujer puede actuar amparada por un estado de necesidad defensivo, el cual puede adquirir el carácter de justificación.

CAPÍTULO III

ABORTO TERAPÉUTICO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

A. Historia del artículo 19 N°1 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile.

A continuación, para entender la problemática de la aplicación del aborto terapéutico en nuestro Sistema Jurídico, esto es, en cuanto a la posibilidad de que un aborto con fines terapéutico se llegase a permitir y practicar sin incurrir en una vulneración a los preceptos constitucionales, comenzaremos por el génesis del problema: la Constitución Política de la República de 1980.

El artículo 19 N° 1 de la Constitución asegura a toda persona, por una parte, el derecho a la vida y a su integridad física y psíquica y, por otra parte, dispone que la ley protege la vida del que está por nacer; resulta necesario precisar que en las Cartas anteriores había una notoria omisión al respecto, argumentándose, para atenuar la carencia del reconocimiento, que se daba este derecho por supuesto y que constituía la base de los otros que si se reconocían en dichos textos normativos.

Asimismo, conviene fijar que el aludido reconocimiento en la actualidad no queda resuelto a nivel de ley o de otra fuente formal del derecho de inferior jerarquía sino que, por le contrario, se sustenta o deriva nada menos que de una norma de rango constitucional.

Es así como nuestra Constitución Política reza en su inciso segundo del primer numeral del artículo 19: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”.

Esta materia comenzó a discutirse a partir de la sesión N° 84 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, en que se continuaba la discusión respecto del Capítulo sobre las Garantías Constitucionales, celebrada con fecha 4 de noviembre de 1974, a instancia del profesor y comisionado Jaime Guzmán Errázuriz, quien señaló a este respecto que siempre había echado de menos la consagración del derecho a la vida como el primero de todos los derechos. Creyendo que era evidente que su consagración exige pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la pena de muerte que, a su juicio, debía mantenerse como una posibilidad a la cual el legislador pueda acudir como sanción a un delito determinado. En cambio, creía que quedaba excluido de suyo- y que habría

que mencionarlo – es el aborto, puesto que el derecho a la vida evidentemente excluye y hace ilícito el aborto.⁴⁶

Sin embargo, es a partir de la sesión 87, efectuada con fecha 14 de noviembre de 1974, donde el tema del aborto es materia de discusión por parte de los comisionados.

De este modo, el profesor Guzmán señaló que al consagrar el derecho a la vida fluye también la necesidad de condenar el aborto en la Constitución.⁴⁷

Por su parte, Jorge Ovalle señaló que no era partidario del aborto, sin embargo no creía que debía ser materia constitucional, indicando además que éste estaría condenado indirectamente al consagrar el derecho a la vida. Y aún cuando no era partidario del aborto, consideraba que hay determinadas circunstancias que lo justifican, en especial, en todos aquellos casos en que en virtud de un delito- como la violación, por ejemplo –una mujer engendrar un hijo no querido por ella. Pareciéndole que, en esas circunstancias, el aborto se justifica plenamente. Finalmente

⁴⁶ República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 84 del 4 de Noviembre de 1974, pág. 13.

⁴⁷ República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 87 del 14 de Noviembre de 1974, pág. 11 y 12.

deja constancia de que no era partidario de que la Constitución tratase esta materia propia de la legislación penal.⁴⁸

Enrique Ortúzar, señalaba que si se consagraba esta materia en la Constitución en términos absolutos, el legislador no podría permitir el aborto ni siquiera en los casos en que pudiera ser justificado desde un punto de vista moral o social.⁴⁹

El profesor Silva Bascuñan estimaba que no se podía impedir que una persona naciera, aún cuando ella sea producto de un hecho delictual.⁵⁰

Jaime Guzmán vuelve a intervenir indicando que consideraba indispensable establecer este derecho como fruto lógico del derecho a la vida que se estaba consagrando. Que la prohibición del aborto tenía una naturaleza de rango constitucional de carácter complementario o aclaratorio del derecho. Siendo una materia que, a su juicio, no sólo podía reservarse a la ley. Más aún, creía que al discutirse una ley acerca del aborto necesariamente se podría invocar con razón de que dicha ley puede estar constreñida por el texto constitucional que consagra el derecho a la

⁴⁸ Ídem. op. cit., pág. 12.

⁴⁹ Ídem, op. cit., pág. 13.

⁵⁰ Ídem, op. cit.

vida, y que vendría entonces una discusión sumamente engorrosa de interpretación acerca de si la consagración constitucional del derecho a la vida permite o no permite la dictación de una ley que pueda admitir el aborto en determinadas circunstancias. Y que por esta razón, estimaba indispensable tratar ese derecho en la misma Constitución, aún cuando consideraba que el aborto nunca era legítimo. Consideraba que el feto pasaba a tener alma y pasaba a ser un humano desde la concepción. Que la vida no comenzaba con el nacimiento, sino con la concepción. Por lo que el aborto se trataba lisa y llanamente de un homicidio, aún por trágica que sea la situación en que se vea envuelta la madre, pareciéndole indiscutible, dentro de sus principios morales, que ella está obligada siempre a tener el hijo, en toda circunstancia. La madre debía tener al hijo aunque éste le salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte, porque es un homicidio, y que todas las consecuencias negativas o dolorosas las entendía como el deber de sujetarse siempre a la ley moral, cualquiera que sea el dolor que ello acarree, pues constituye, precisamente, lo que Dios ha impuesto al ser

humano. Por lo que creía que la prohibición del aborto debe ser absoluta, porque a su juicio, en el orden moral lo es igualmente.⁵¹

En su intervención Enrique Evans manifestó que comparte, desde el punto de vista de la convicción moral y religiosa, los criterios sustentados por el profesor Guzmán. Creyendo, como él, que nadie tiene derecho a privar de la vida al que está por nacer, cualesquiera que fueran las circunstancias de la concepción. Estimando que, desde la posición de la moral individual, para quienes tienen la convicción religiosa de Jaime Guzmán, no hay duda de que el aborto está prohibido. Pero que tiene la duda si se debe proyectar esa posición personal e individual a la vida colectiva en una sociedad pluralista.⁵²

Asimismo el profesor Evans propuso que podría trasladarse el artículo 75 del Código Civil, el cual señala “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia tomará todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido”. Pero que aún así tiene dudas respecto de si este debe ser absoluto en esta materia, como le parecía que era la posición de Guzmán, en el sentido de

⁵¹ Ídem, op. cit., pág. 13 y 14.

⁵² Ídem, op. cit., pág. 14.

prohibir el aborto, o ser una norma flexible que establezca lo mismo, pero que autorice al legislador para privar la vida del que está por nacer, en ciertos casos sin que constituya delito, especialmente cuando se trate de un aborto terapéutico. Estimando, que si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador en el futuro, según lo requieran las condiciones sociales, pueda, en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad.⁵³

Enrique Ortúzar señaló que aunque que Jaime Guzmán tenía razón, desde el punto de vista de la ortodoxia de los principios cristianos, disiente de su criterio, ya que desde una posición humana y social debía ser consecuente, puesto que si debiera afrontar el día de mañana el problema de decidir entre la vida de la madre o del hijo, optaría por el de aquella. De modo que, si abocado a esa situación en la vida actuaría de esa manera, no sería sincero si se hubiese pronunciado a favor de contemplar una disposición distinta en la Constitución. Por lo que en consecuencia, primero se colocaba como hombre frente a una realidad en dicho caso. Asimismo, que le parecía que el problema era muy importante y delicado

⁵³ Ídem, op. cit., pág. 14 y 15.

como para resolverlo en la Constitución, por lo que estimó que sería mejor no consagrar expresamente el derecho a la vida del que está por nacer y dejarlo entregado a la protección legal.⁵⁴

Asimismo, Jorge Ovalle, pide a los demás comisionados que no pretendieran proyectar la cabalidad de sus convicciones religiosas en una Constitución que estaba destinada a regir a todos los chilenos, sean o no católicos.⁵⁵ Además, señaló que no se oponía que en ciertos casos estuviese permitido el aborto cuando esté comprometida la vida o salud e incluso la dignidad de la madre, la cual puede tener marido y otros hijos, y que dichos valores eran más dignos de protección.⁵⁶

En esta sesión el profesor Evans también manifestó su desacuerdo con Jaime Guzmán, en lo relativo a su postura sobre el aborto, ya que también se opone a que los valores religiosos de éste fueran proyectados a una sociedad que la concebía como pluralista.⁵⁷

⁵⁴ Ídem, op. cit., pág. 15

⁵⁵ Ídem, op. cit.

⁵⁶ Ídem, op. cit., pág. 20

⁵⁷ Ídem, op. cit., pág. 20 y 21.

Y ante esto, Enrique Ortúzar manifestó que se sentía interpretado con la postura de Evans, en el sentido de que ante el tema del aborto se debe desprender de las convicciones religiosas. Y que comprendía perfectamente bien que una persona, desde el punto de su conciencia, justifique plenamente, en un momento determinado, el aborto terapéutico cuando se trata de salvar la vida de una madre y que, sin embargo, desde el punto de vista religioso, piense que en realidad es un acto inadmisibles e inaceptable. Recalcando que aceptaba el aborto terapéutico en un caso calificado, cuando se trata de salvar la vida de la madre, la cual tiene el derecho legítimo a la vida. Creyendo que debería limitarse a consagrar en el texto constitucional el derecho a la vida y a lo sumo, tal vez, señalar que la ley protegerá la vida del que está por nacer.⁵⁸

Al término de la sesión 87, se pueden observar las siguientes posturas, por un lado, quienes eran partidarios de prohibir expresamente cualquier conducta abortiva (en especial Guzmán y Silva Bascuñan) y, por el otro, aquellos que no son partidarios de referirse al tema (Ovalle) o

⁵⁸ Ídem, op. cit., pág. 21

derechamente lo entregan a la regulación del legislador (Ortúzar y Evans).⁵⁹

En la sesión 88, celebrada el 19 de Noviembre de 1974, esta materia sigue en discusión, invitándose para tal efecto al profesor José Luis Cea, quien también consignó que el aborto es un crimen y por lo tanto un atentado en contra del primer y mas fundamental de los derechos del hombre, que es el derecho a la vida.⁶⁰

En esta sesión 88, el profesor Evans señaló que todos los integrantes de la comisión coinciden que debe consagrarse el derecho a la vida. Y que el punto a debatir es si se debe dejar establecido en forma escueta o desarrollada la protección de la vida del que está por nacer, y el de introducir en el texto constitucional alguna disposición relativa al aborto; ya sea para establecer que en virtud de la protección constitucional que se le brinda al derecho a la vida y a la vida del que está por nacer, toda forma de aborto queda proscrita, o bien ,para establecer una norma más flexible.⁶¹

⁵⁹ Navarro Beltrán, Enrique, “La vida del no nacido y los atentados contra ella: ¿admite el derecho chileno algún tipo de Aborto?”, artículo sin publicar, Santiago, 2002, pág. 2.

⁶⁰ Ídem, op. cit.

⁶¹ República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 88 del 19 de Noviembre de 1974, pág. 20.

Varios de los miembros de la comisión, dentro de ellos el mismo comisionado Evans, pensaron que si no se encontraba una formula flexible sería mejor no abordar el tema en la Constitución.⁶²

El profesor Cea estimó que el derecho a la vida es un derecho que está implícito en toda la Constitución, y que a pesar de que no está expresamente consagrado en ella, ésta asegura dicho derecho a todos los habitantes de la República; y que los derechos humanos no sólo se conceden al ser humano que ya tiene una cierta capacidad jurídica, sino también al ser desde el momento en que es concebido y hasta después de su muerte; opinando que el derecho a la vida debe consagrarlo la Constitución y que el aborto es un crimen, aún cuando haya personas que no lo estiman así y que se fundan más que nada en la tesis que el feto no es una persona.⁶³

Creía además el profesor Cea, que si se hiciera una encuesta, se llegaría a la conclusión de que hay una enorme cantidad de personas que cree que realmente el ser humano, desde el momento en que es concebido, debe ser protegido, y que salvo el caso del aborto terapéutico- que podría

⁶² Ídem, op. cit.

⁶³ Ídem, op. cit., pág. 21.

ser perfectamente reglamentado en la legislación penal –no es lícito, no es legal, ni mucho menos constitucional atentar contra él. Considerando que tal vez el sentimiento mayoritario del pueblo chileno iba por ese camino, pero es posible que sea una minoría intelectualmente muy influyente y con una situación social bastante preponderante la que forme opinión para dar la sensación de que existe un fuerte sector a favor del aborto.⁶⁴

Además Cea manifestó que el problema tenía mucho de falacia y que existía confusión, afirmando que una enorme mayoría del pueblo chileno, sea por razones de índole religiosa o moral, consideraría denigrante que el constituyente consignara la posibilidad de obstruir la vida por otras razones que no sean las estrictamente terapéuticas en el caso del aborto. Considerando que el constituyente debe consagrar explícitamente el derecho a la vida y reservar al legislador la reglamentación del aborto terapéutico y la proscripción del aborto no terapéutico.⁶⁵

Enrique Ortúzar, Presidente de la Comisión, manifestó que en el fondo, la opinión del profesor Cea era coincidente con la de algunos

⁶⁴ Ídem, op. cit., pág. 22

⁶⁵ Ídem, op. cit

miembros de la Comisión, dentro de los cuales se contaba él, volviendo a recalcar que los miembros de la Comisión al tratar esta materia debían prescindir un tanto de sus convicciones religiosas y filosóficas, ya que la Constitución iba a regir para todos los habitantes de la República, los cuales no todos tenían las mismas convicciones.⁶⁶

Durante la sesión 90, de 25 de noviembre de 1974, se analizó cual sería el alcance del mandato que se le da en tal sentido al legislador⁶⁷, y durante ella Silva Bascuñan estimó que - primero que nada - existiría acuerdo para establecer, exclusivamente, que se aseguran los derechos del que está por nacer, y que no se colocaría nada en relación al aborto.⁶⁸

Enrique Ortúzar, estimó que, naturalmente, la ley protegerá los derechos del que está por nacer, entregando al legislador esta materia, y que éste determinaría los casos y la forma en que se cumpliría dicha tarea.⁶⁹

⁶⁶ Ídem, op. cit.

⁶⁷ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit. , pág. 3.

⁶⁸ República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 90 del 25 de Noviembre de 1974, pág. 13.

⁶⁹ Ídem, op. cit.

Tanto Ortúzar como Silva Bascuñan precisaron que el bien jurídico protegido no son los derechos en general del que está por nacer, sino la vida de éste.⁷⁰

Jaime Guzmán , ante esta postura, formula la interrogante de cómo el legislador deberá interpretar este mandato, indicando que existían dos posibilidades: dejarle una interpretación enteramente abierta, o bien, clarificar la interpretación en la misma Comisión, a fin de que , a lo menos, como historia fidedigna de la Constitución, pueda servir de elemento de interpretación.⁷¹

El profesor Silva Bascuñan señala que cuando se está estableciendo en la Constitución que debe protegerse la vida del que está por nacer, de ninguna manera se concede libertad al legislador para determinar, soberana y arbitrariamente, de qué manera va a protegerla, de modo que no le parecía que se pudiese argumentar que el legislador quedaba libre para hacer lo que desea en materia de protección de los derechos del que está por nacer. Haciendo presente que para él existían dos tipos de encargos al legislador: un encargo de carácter explícito, que consiste en completar el

⁷⁰ Ídem, op. cit.

⁷¹ Ídem, op. cit., pág. 14.

sentido de la Constitución, y el encargo implícito, que es el de hacerla funcionar, pareciéndole que dentro de este último caso podría estar la interpretación correcta, pero cree que de ninguna manera podría estarlo en el primero. Añadiendo que no era su propósito darle la posibilidad al legislador de que en un momento determinado, se valga de un precepto establecido en la Constitución para realizar algo intrínsecamente perjudicial.⁷²

Por su lado, Enrique Ortúzar expresó que, en realidad, lo que no se quiso hacer en la Constitución fue ni hacer permisible el aborto terapéutico ni condenarlo, y si esto no se hizo fue porque se le ha entregado al legislador la protección de la vida del que está por nacer, tal como ocurre con la disposición del Código Civil, y estima que nadie podría afirmar que el aborto terapéutico constituye delito, porque no está consignado como tal.⁷³

Jaime Guzmán creía que se pudo haber consagrado perfectamente en la Constitución el precepto que había sugerido, y que si hubiese un tipo de aborto que se desee dejar al legislador para que lo legitime, entonces,

⁷² Ídem, op. cit., pág. 15.

⁷³ Ídem, op. cit., pág. 15.

ahí lo entendería como un simple silencio, pero en ningún caso como una declaración de permisibilidad al legislador.⁷⁴

El comisionado Ortúzar recalcó, acerca del silencio, que con él no significa que se haya o no permitido el aborto terapéutico, sino que se dejaba al legislador la protección de la vida del que está por nacer, ya que no se quiso adoptar ni una ni otra fórmula extrema en la Constitución; agregando que dentro de esta facultad que tendrá el legislador, se podrá no considerar delito el aborto terapéutico – como entendía que no lo era por esos días – ya que sólo la práctica maliciosa del aborto estará penada, por lo que se deseó dejar cierta elasticidad en esta materia.⁷⁵

Enrique Evans expresó al respecto que tenía fe en el legislador y en los tribunales de nuestro país, ya que creía que debía ser la jurisprudencia y el legislador quienes iban a dar vida y fuerza a este precepto.⁷⁶

Por su parte Alejandro Silva Bascuñan señaló en esta sesión que consideraba un avance del constituyente el establecer no sólo el precepto de protección del derecho a la vida sino también la protección de la vida

⁷⁴ Ídem, op. cit., pág 15 y 16.

⁷⁵ Ídem, op. cit., pág. 16.

⁷⁶ Ídem, op. cit. pág. 17.

del que está por nacer, porque eso sería un buen argumento para que el legislador no abriera la posibilidad a la legalización excesiva del aborto. Estimando que es evidente que no había una prohibición directa y absoluta, pero que existía una disposición implícita que se fortalecía si se incluía en la Constitución dicha frase, y que de esta manera el legislador tendría una inclinación por defender la vida del que está por nacer.⁷⁷

El profesor Evans manifestó entonces que no tendría inconveniente en que se conservara la frase, si se dejaba constancia en el Acta que ello se hacía por las opiniones que él acababa de exponer, ya que dicha frase implicaba un mandato flexible para no sancionar penalmente formas de aborto terapéutico en que haya mediado una decisión responsable del padre o del facultativo.⁷⁸

El señor Ovalle también manifestó su conformidad de mantener la disposición relativa a que la ley protegerá la vida del que está por nacer, porque no implicaba, de ninguna manera, la idea de que el constituyente pueda olvidarse del derecho a la vida de los que ya existen; y que el legislador debería tratar con acopio de antecedentes, informes técnicos y

⁷⁷ Ídem, op. cit. pág. 18.

⁷⁸ Ídem, op. cit.

estudios concretos que el constituyente no puede, necesariamente, tener a la vista, por su tarea de carácter general, el problema del aborto, pero no puede hacerlo con la libertad con que, por ejemplo, se ha abordado este problema en países nórdicos, porque el constituyente desea que lo considere en forma restringida; agregando finalmente que, personalmente, no sólo era partidario del aborto terapéutico, sino que de otros casos más, que para él se justificaban en plenitud, y estimaba que el legislador, ante el deseo del constituyente de no liberalizar la legislación relativa al aborto, en los términos tan amplios a que se había referido, tendría que consignar con un espíritu restrictivo, consciente y muy concreto, los diversos casos que, desde el punto de vista que él tuviera, pudiesen justificar un aborto.⁷⁹

Finalmente el Presidente de la Comisión, señor Ortúzar, consideró que se establece una regla general de condena al aborto, por lo que no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador podría determinar si hay casos tan calificados, como el aborto terapéutico, principalmente, que puedan no ser constitutivos de delitos.⁸⁰

⁷⁹ Ídem, op. cit. pág. 18 y 19.

⁸⁰ Ídem, op. cit. pág. 20.

Lo anterior fue acordado con el voto en contra de Jaime Guzmán, el cual hizo presente que en todo caso, deseaba dejar constancia de su opinión convencida y contraria al precepto que se había aprobado, y de su profundo desencanto de que, en realidad, la Constitución no fuera a tomar una definición en esta materia que a su juicio, es la única conciliable con los derechos humanos que por esos días, lamentablemente, estaban muy deteriorados en el mundo; e indicando que no se plegaba a ninguna de las interpretaciones que se dieron por parte de los demás comisionados, lamentando haber quedado en minoría en un punto tan importante, pero que no deseaba insistir más en ello.⁸¹

En la Sesión 407, de fecha 9 de Agosto de 1978, Enrique Ortúzar estimó indispensable dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer; porque si la Constitución derechamente lo hiciera, estaría abocándose a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto; añadiendo que la ventaja del texto residía precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Constitución condena en cierto modo el aborto. Recordando que, cuando se discutió el punto, la

⁸¹ Ídem, op. cit. pág. 20.

mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendental como una norma de la Constitución.⁸²

El profesor Guzmán sugirió que la frase terminara con la entrega al legislador de la “protección de la vida del ser que está por nacer”, que jurídicamente era lo que importaba, y que se suprimieran la referencia al aborto y al párrafo siguiente, porque con ello se evitaba tocar un tema conflictivo y polémico, hiriendo a uno u otro sector y trasluciendo una apreciación que fue mayoritaria, pero no unánime; finalmente declaró ser partidario de dejar el punto para la labor de los interpretes.⁸³

Por último, el Presidente de la Comisión, Señor Ortúzar, señaló que de este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Y que una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción pudiese ser la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde el punto de vista moral o social pueden ser

⁸² República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 407 del 9 de Agosto de 1978, pág. 3340.

⁸³ Ídem, op cit.

apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen.⁸⁴

De esta manera en el Informe Final de la Comisión de Estudio se precisó acerca de la materia lo siguiente:

“La Comisión estimó que la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer, porque, si bien la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, no es menos cierto que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real, que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así un principio que, por lo demás, contempla nuestro Código Civil desde su dictación.

La Comisión estimó, sin embargo, conveniente dejar entregada al legislador la protección de la vida del que está por nacer”⁸⁵.

El 12 de diciembre de 1978 Enrique Ortúzar, en la sesión 58 del Consejo de Estado, expuso la razón de haber establecido el derecho a la vida del que está por nacer. Sin embargo Juvenal Hernández le hizo presente sus dudas acerca de las ventajas de trasladar a la Constitución una

⁸⁴ Ídem, op cit.

⁸⁵ República de Chile, Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, 1981, pág. 186 y 187.

norma del Código Civil, como es la protección del que está por nacer. Pues temía que esta innovación pudiese dar lugar a debates e interpretaciones desaconsejables. Frente a esta observación y otras que formulan el Presidente y los consejeros Ibáñez, Philippi, Huerta y Coloma, Enrique Ortúzar insistió en la conveniencia de aprobar la norma propuesta u otra semejante, con el fin de desvirtuar los cargos que se formulaban a Chile en relación al respeto de los derechos humanos. Siendo finalmente aprobada dicha norma por once votos a favor contra seis, manteniéndose por lo tanto el inciso 2º del artículo 19 Nº1.⁸⁶

Finalmente la Junta de Gobierno mantuvo sin modificaciones el texto contenido en el proyecto elaborado por el Consejo de Estado, norma aprobada por el plebiscito efectuado con fecha 11 de septiembre de 1980 y que rige hasta la fecha, conforme el cual **“La ley protege la vida del que está por nacer”**.⁸⁷

⁸⁶ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit, pág. 4 y 5.

⁸⁷ Ídem, op. cit., pág. 5.

B. El problema interpretativo del artículo 19 N°1 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile.

Como se ha señalado, nuestra Constitución en el inciso segundo del primer numeral de su artículo 19 expresa: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”.

Se debe indicar que frente a este precepto se han derivado diversas interpretaciones, las cuales han nacido producto de la falta de claridad por parte del constituyente en el texto de la carta fundamental, en cuanto al mandato que éste le da al legislador. Es por esto que, según sea la interpretación que predomine, dependerá la admisibilidad del aborto terapéutico en nuestro ordenamiento jurídico. Las alternativas interpretativas que se dan frente a este precepto se basan fundamentalmente en su génesis, la cual está consignada en las actas de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980. Estas interpretaciones, a saber, son las siguientes:

1) Si se estima que el nasciturus es titular de un derecho constitucional a la vida, y que ese derecho es esencialmente igual al derecho a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, entonces ese derecho tiene como deber correlativo por parte del legislador de prohibir

absolutamente el dar muerte al feto, por lo que ni siquiera cabría la posibilidad de permitir el aborto terapéutico. Y esta interpretación es la que tiene una mayor difusión, encontrándose claramente detrás de ella la influencia de la Iglesia Católica⁸⁸.

Esta postura interpretativa nace de la propuesta del profesor Jaime Guzmán, el cual era partidario de consagrar directamente la prohibición del aborto en el texto constitucional⁸⁹, pues según éste “La madre debe tener al hijo aunque le salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo derive su muerte...”, postura que sólo encontró apoyo en el profesor Alejandro Silva Bascuñan.

El resto de los miembros de la Comisión no eran partidarios de la propuesta de Guzmán, fundamentalmente porque era expresiva de una concepción religiosa, incompatible con una Constitución pluralista, y que no se podía imponer semejante concepción a todos los miembros de la sociedad política.

⁸⁸ Corral Talciani, Hernán, “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, Santiago, 1992, pág. 464 y SS.; Soto Kloss, Eduardo, “El derecho a la vida y la noción de personas en la Constitución”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXVIII-Nº3, Sección 1ª, Santiago, 1991, pág. 55 y SS.

⁸⁹ Ver República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 87ª del 14 de noviembre de 1974, op. cit., pág. 14.

Frente a las objeciones que encontró su postura, el profesor Guzmán retiró su propuesta, declarándose partidario de dejar el punto para la labor de los interpretes⁹⁰.

Entonces, esta interpretación nace del método que usó la Comisión para expresar la voluntad del constituyente, en que para relativizar las consecuencias de la protección de la vida del nasciturus, se estableció un mandato de protección al legislador, el cual puede interpretarse en el sentido de que se le ordena proteger esa vida mediante la prohibición absoluta del aborto.

2) Una segunda postura interpretativa establece que el nasciturus es titular de un derecho constitucional a la vida, sin embargo ese derecho no es esencialmente igual a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, y que en razón de esa condición diversa, de este derecho no se desprende como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al nasciturus.

De esta interpretación se desprende que al legislador se le otorga un cierto margen para despenalizar el aborto, pues la Constitución consagraría

⁹⁰ Ver República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 407^a del 19 de agosto de 1978, op. cit., pág. 3340.

el derecho a la vida del nasciturus , pero no lo equipararía al derecho a la vida de que son titulares los nacidos, lo que no impondría como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al nasciturus.

Esta interpretación sería fiel al pensamiento de la mayoría de los miembros de la Comisión de Estudio, pero el margen de discrecionalidad que se le otorgaría al legislador sería incierto. La posición más estricta era la que sostenía el profesor Evans, el cual estimó que sólo podía ser procedente el aborto en los casos de peligro para la vida o salud de la madre. Mientras que la posición más amplia era la que sostenía el profesor Jorge Ovalle, quien llegó a sostener que el aborto podía ser procedente incluso en caso de que el embarazo fuese producto de un abuso sexual. Finalmente, don Enrique Ortúzar se mostró partidario de una mayor flexibilidad que la mera autorización para despenalizar el aborto terapéutico, pero pensando en un número determinado de casos⁹¹.

3) La tercera postura interpretativa sostiene que el nasciturus no es titular de un derecho constitucional a la vida, sin embargo la vida del que está por nacer es objeto de protección constitucional directa, y que

⁹¹ Ver República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Sesión 90ª del 25 de noviembre de 1974, op. cit., pág. 16 a 19.

mandato de protección dirigido al legislador es la expresión formal del carácter de bien jurídico constitucionalmente protegido de la vida del nasciturus.

Esta interpretación señala que la Constitución no asegura al nasciturus un derecho subjetivo a la vida, sino que sólo establece un mandato de protección de su vida dirigido al legislador, mandato que se basa en la consideración de la vida del feto como objeto merecedor de protección jurídica, sin embargo la prohibición de atentar contra la vida del nasciturus en ningún caso puede tener el mismo peso específico que las prohibiciones de atentar contra los derechos fundamentales de que son titulares las personas. Por lo que permitiría afirmar que se permitiría el aborto terapéutico, por cuanto la vida o salud de la madre son derechos que están por sobre la vida del nasciturus⁹².

4) La última postura sostiene que el nasciturus no es titular del derecho constitucional a la vida, ni que tampoco es objeto de protección constitucional directa, y que el mandato dirigido al legislador es el único

⁹² Bascuñan Rodríguez, Antonio, “Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana”, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 2000, pág. 21 y 22.

modo de protección de la vida del nasciturus reconocible en la Constitución⁹³.

Conforme a esta interpretación el legislador tendría la opción de proteger la vida del nasciturus, y además tendría la opción del medio o forma de dar esta protección, sin embargo el legislador no tendría competencia para desproteger esta vida en forma arbitraria , injustificada o absoluta. Por lo que de modo alguno se podría decir que permitir el aborto terapéutico fuese una decisión arbitraria o injustificada, en cuanto la indicación terapéutica resguarda un derecho fundamental como puede ser la vida o salud de una persona.

C. Opiniones doctrinarias relativas a la constitucionalidad del aborto terapéutico.

Sobre este punto existen diversas opiniones en nuestra doctrina relativas a la constitucionalidad del aborto terapéutico, siendo estas algunas de ellas:

Enrique Evans nos señala que la vida, por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está

⁹³ Ídem, pág. 22 y 23.

cautelada por la institucionalidad constitucional y legal desde que se inicia la gestación. La Constitución, en este número del artículo 19, declara que “la ley protege la vida del que está por nacer”, lo que constituye un doble encargo al legislador: por una parte, ocuparse de que se adopten las providencias para proteger la existencia del no nacido y para que no se apliquen a la madre sanciones que pongan en peligro a la criatura, como lo preceptúa el artículo 75 del Código Civil; y, por la otra, que rechace la interrupción provocada del embarazo y toda legislación permisiva del aborto. Estimando, sin embargo, que hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados en que exista la autorización responsable del padre o del médico tratante. Lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común.⁹⁴

Los profesores Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, señalan que este inciso 2º del número 1 del art. 19, se incluyó en el texto constitucional con el propósito de que en el futuro no se pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto. Y que en tal sentido, después

⁹⁴ Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 113 y 114.

de un largo debate, se dejó constancia en actas de que a través del precepto constitucional se está condenando el “aborto”, y no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador determinará si hay casos tan calificados, como el aborto terapéutico, principalmente, que puedan no ser constitutivos de delitos. Y finalmente se señala que el bien protegido es la vida del que está por nacer, lo que se precisó por la Comisión para dejar claro que no son los derechos – por ejemplo, la defensa de la herencia – en general los protegidos, sino la vida.⁹⁵

Además Humberto Nogueira, por su parte, sostiene que la única situación legítima en que puede ser afectada, por interrupción de su desarrollo, la vida del nasciturus, es la del aborto terapéutico cuando ello ponga en colisión la vida de la madre con la vida del feto, la vida de dos personas: un nonato y un nacido.⁹⁶

El profesor José Luis Cea señala que en las actas de la Comisión de Estudio se dejó constancia que la ley decidirá en qué términos y cuándo protegerá la vida del que está por nacer. Y que es de su convicción que tan

⁹⁵ Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, “Derecho Constitucional”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 199 y 200.

⁹⁶ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit. pág.6.

amplia remisión a lo que disponga la ley no puede concluir en una interpretación incorrecta, ya que el legislador siempre debe cautelar o proteger, incluso preventivamente, la existencia del ser humano que está por nacer y no decidir, como si fuera un asunto discrecional, en qué casos y excepciones, dentro de cuáles plazos, a través de qué medidas o con cuáles condiciones lo hará. Apoyando para estos efectos la tesis de los comisionados Jaime Guzmán y Alejandro Silva Bascuñan. Y si en definitiva, si ella no fuere la opinión dominante, ese hecho tampoco sirve para sostener lo contrario de lo que propugna el constitucionalismo, como fundamento y finalidad esencial de una civilización que respeta los derechos humanos.⁹⁷ Por último, el profesor Cea puntualiza que el legislador obró en términos coherentes con el constitucionalismo, al dictar la ley N°18.826 de 1989, cuyo único artículo preceptúa que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.⁹⁸

Para Alejandro Silva Bascuñan es un avance del constituyente establecer no sólo el precepto de protección del derecho a la vida, sino también la protección de la vida del que está por nacer, porque eso será un

⁹⁷ Cea Egaña, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, pág. 95.

⁹⁸ Ídem, pág. 99.

buen argumento para que el legislador no abra la posibilidad a la legalización excesiva del aborto. Estimando que es evidente que ahí no hay una prohibición directa y absoluta, pero existe una disposición implícita, y que le parece que queda más sólida la condenación implícita de todo abuso del legislador.⁹⁹ Agregando, que hay vida humana desde la fecundación, que desde ese instante el óvulo es persona y, por lo tanto, sujeto de los derechos, igualdades, libertades e inviolabilidades que la Carta asegura a todo ser racional, así como de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se encuentren o no garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Constituye el mas esencial de esos derechos dar seguridad de que ese ser en gestación podrá seguir desarrollándose en el seno materno hasta quedar en condiciones de nacer. Y es fundamental que el ordenamiento jurídico se manifieste en todo momento a favor de la vida y de su conservación, que se impondría concluir que, frente a cualquier duda que pudiera presentarse, desde un punto de vista científico, en cuanto al momento desde el cual cabe considerar que la existencia humana ha comenzado, debiera privilegiarse aquella interpretación más amplia y favorable al resguardo de

⁹⁹ Silva Bascuñan, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 69.

ese valor. Y que el reconocimiento que hace la Carta de los derechos del ser humano concebido pero no nacido – que se contenía sólo a nivel legal en el art. 75 del Código Civil – se reforzó mediante la dictación de la ley de reforma N° 19.611, de 6 de junio de 1999, que, modificando el inciso 1° de la Carta, estableció: “Las *personas* nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La sustitución, por dicha reforma, del vocablo “hombre”, que empleaba el texto original, por el de “persona”, confirma, en efecto, la voluntad del constituyente de proteger no sólo la vida del que está por nacer, sino la de garantizarle desde el comienzo de su existencia todos los derechos que la Carta asegura a las personas.¹⁰⁰

Luis Rodríguez, en una posición ecléctica intermedia afirma que la única eximente posible es el aborto terapéutico. Puesto que si el conflicto de intereses se plantea entre la vida de la madre y la vida del feto, no existe obstáculo de índole jurídica para que la ley establezca dicha causal de justificación. Sin embargo, añade que al ser infrecuentes los casos médicos de verdadero aborto terapéutico, y por el peligro que existe de que bajo esa apariencia se encubran propósitos eugenésicos, no es partidario de establecer con carácter general la licitud de aquella indicación. Prefiriendo

¹⁰⁰ Ídem, op. cit, pág. 82.

que subsista la ausencia de regulación específica, porque en estas situaciones los casos en que se actúa para salvar la vida de la madre, pueden llegar a tener efecto eximitorio, no en razón de su eventual licitud, sino en virtud de la falta de culpabilidad, por no ser exigible una conducta diversa.¹⁰¹

Jorge Precht indica que el denominado aborto terapéutico directo es contrario al artículo 19 N°1 de la Constitución debido a que ha sido prácticamente superado por los progresos médicos. Sin embargo, esos mismos progresos han entregado antecedentes que posibilitan una tendencia a hacer más omnicomprendido el concepto de aborto terapéutico, incluyendo claras tendencias eugenésicas. El profesor Precht, además, señala que si se quisiera regular normativamente el aborto terapéutico la ley sería un mal instrumento para ello, pues los casos poco frecuentes de la práctica médica indica como posible, solo pueden indicarse tales casos a través de una casuística y aún ella quedaría imprecisa. Por ello esta materia debería entregarse a los Códigos de ética de la profesión médica, en lo que fuere compatible con la Constitución y la Ley.¹⁰²

¹⁰¹ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit. 6 y 7.

¹⁰² Ídem, op. cit., pág. 7.

Por su parte, Ángela Vivanco señala que el numeral 1 del artículo 19 de la Carta, que reconoce los derechos fundamentales, asegura tales derechos “a todas las personas” y no hace distinción alguna entre los nacidos y los que se encuentran en gestación. En que quitarle al “que esta por nacer” la calidad de persona sería equivocar totalmente el sentido del artículo 19, cuyo objetivo es reconocer derechos fundamentales de las personas, emanados de su naturaleza. Si el embrión no fuera persona, este inciso no estaría ubicado en este artículo.¹⁰³ Y que en cuanto al aborto terapéutico cabe distinguir entre lo que es el aborto terapéutico directo y el indirecto, siendo antijurídico el primero de ellos. Siendo lícita cualquier intervención curativa sobre el cuerpo de la madre que se juzgue inaplazable y eficaz, aunque luego provocase la consecuencia de un aborto.¹⁰⁴

Patricio Zapata sostiene que la Constitución resolvió claramente el problema del aborto, señala que nuestra Carta Fundamental reconoce en el

¹⁰³ Vivanco Martínez, Ángela, “Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe: La Situación de la Legislación Relativa al Genóma Humano en Chile”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pág. 154 y 155.

¹⁰⁴ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit. pág. 7.

embrión a una persona con un derecho a la vida y que le encarga a la ley la protección de ese derecho.¹⁰⁵

Miguel Fernández es de la postura que toda forma de aborto se encuentra proscrita y la única situación compleja radica en el caso en que el derecho a la vida de la persona que se encuentra en el vientre materno colisione con el derecho a la vida de su madre, la cual debe resolverse de acuerdo a los principios y preceptos generales que resuelven la colisión entre derechos fundamentales.¹⁰⁶

En opinión del profesor Antonio Bascuñan Rodríguez la CENC optó por una solución de transacción al redactar el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución; pues entre las alternativas extremas de proteger la vida del *nasciturus*, y la de proteger completamente la libertad o autonomía de la madre, Bascuñan propone que la CENC habría optado por una solución intermedia, autorizando al legislador para jugar en ese espacio. Citando un extracto de la sesión 90ª, en que el presidente de la Comisión señala que “Se desea dejar cierta elasticidad, para que el

¹⁰⁵ Ídem, op. cit., pág. 7 y 8.

¹⁰⁶ Ídem, op. cit., pág. 8.

legislador en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto.”¹⁰⁷

Arturo Fermandois señala que una lectura rigurosa de las actas de todas las sesiones en que se trató el tema, particularmente de la sesión N° 90, y varios años después también de la sesión 407, permite concluir muy objetivamente: a) La CENC no adoptó acuerdos en la materia, ni siquiera por mayorías relativas, sino que dejó simples constancias de las opiniones divergentes que tuvieron sobre estos aspectos; b) Varios comisionados fueron partidarios, con ciertos matices, de no prohibir el aborto ni la eutanasia directamente en el texto constitucional, a fin de dar al legislador la posibilidad de, ante los antecedentes extraordinarios, autorizar el aborto terapéutico, pero sólo el aborto terapéutico o circunstancias tan extraordinarias como esa; c) Por esa razón, no hubo mayoría para prohibir el aborto en la Constitución, no obstante dos comisionados lo solicitaron directamente (Guzmán y Silva Bascuñan); d) Todos los comisionados estuvieron de acuerdo en que sería el legislador el encargado de apreciar estos antecedentes, mediante leyes que podrían despenalizar ciertas formas muy calificadas de aborto, como el terapéutico; e) Ningún comisionado

¹⁰⁷ Fermandois Vöhringer, Arturo, “La píldora del día después: aspectos normativos”, Centro de Estudios Públicos PUC, Santiago, 2004, pág. 103 y 104.

objetó ni contradujo las varias intervenciones que pusieron en la concepción del comienzo de la vida humana.¹⁰⁸

D. Jurisprudencia Nacional.

Nuestros tribunales superiores de justicia en diversas sentencias se han referido a la protección de la vida del que está por nacer, resoluciones que nos indican el sentido que estos tribunales le dan a la norma constitucional, sentido que estaría absolutamente en contra del aborto terapéutico, debido al valor que se le da a este derecho, señalando al respecto lo siguiente:

La Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de “Monje con Isapre Promepart”, en Rol:364-89-P, dictado el 29 de Septiembre de 1989, señala que “la falta de pronunciamiento sobre el subsidio de maternidad (...) lesiona principalmente el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el

¹⁰⁸ Fermandois Vöhringer, Arturo, op. cit., pág. 104.

claustró materno a las circunstancias externas que afecten al organismo de su madre.¹⁰⁹

Este mismo tribunal señala a propósito de un recurso de protección presentado por el Director del Servicio de Salud Occidente, en rol:5844-91, dictado con fecha 4 de Noviembre de 1991, que el rechazo a la posibilidad de practicar transfusiones sanguíneas a una madre embarazada invocando razones religiosas constituye un atentado contra el derecho del que está por nacer.¹¹⁰

Sin embargo, el caso más evidente, en relación a la protección de la vida del que está por nacer, durante la vigencia de la Constitución de la República de 1980, es el llamado caso de “la píldora del día después”, técnicamente expresado como el fármaco Postinal, cuyo componente es la droga levonorgestrel en dosis de 0,75 mg.¹¹¹ Al respecto tenemos las siguientes resoluciones que se refirieron a este tema en cuanto a la protección de la vida del que está por nacer:

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de “Monje con Isapre Promepart”, 29/09/89, en Rol:364-89-P.

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso de protección presentado por el Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente, 04/11/91, en rol:5844-91.

¹¹¹ Carrasco Delgado, Sergio, “Estudios Constitucionales”, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Centro de Estudios Constitucionales, Talca, 2003, Pág. 84.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de Mayo de 2001, Rol: 850-2001, en que rechazó el recurso de protección, motivado por la aprobación para la comercialización del fármaco Postinal, incoado en nombre de los individuos por nacer que se encuentran concebidos, porque dichos sujetos carecen de la definición y concreción que la ley exige para que sean titulares de derechos protegidos constitucionalmente.¹¹² Señaló que la Constitución Política de la República reconoce como el primero y fundamental de todos los derechos que garantiza, el derecho a la vida, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer, lo que implica una protección en todas las fases de su desarrollo desde la época de la concepción.¹¹³

Por su parte la Corte Suprema, en sentencia de 30 de Agosto de 2001, Rol: 2186-2001, revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de Mayo de 2001. Acogiendo los recursos de protección de los recurrentes, además dejando sin efecto la Resolución N°

¹¹² Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de recurso de protección en contra del Instituto de Salud Pública y otros, de 28/05/2001, Rol: 850-2001.

¹¹³ Ídem.

2141 del 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que había materializado la autorización para comercializar el fármaco denominado Postinal, elaborado en base a levonorgestrel.¹¹⁴ Señalando al respecto en su considerando cuarto “ Que el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aún se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación y, que culminará en el nacimiento, también se encuentra entre los fundamentos de la legitimación activa que reclaman los actores, puesto que como asociaciones propenden a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida y respecto a la dignidad humana desde el momento mismo de la concepción...”¹¹⁵. Agregando en su considerando 17º “Que desde señalada se hace evidente que el que está por nacer, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre-natal –pues la norma constitucional no distingue –, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el

¹¹⁴ Corte Suprema, en fallo de 30 de Agosto de 2001, en causa rol: 2186-2001, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. XCVIII, Tomo 2, Editorial Jurídica, Santiago, 2001.

¹¹⁵ Ídem.

ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación.¹¹⁶

El 20° Juzgado Civil de Santiago en Sentencia del 30 de Junio de 2004, en rol: 5839-2004, declaró nula de derecho público la resolución N°7.224 del Instituto de Salud Pública, del 24 de Agosto de 2001, que había permitido la venta del fármaco Postinor-2, producto elaborado en base a Lovonorgestrel 0,75 mgr..¹¹⁷ Señalando en su considerando trigésimo octavo que el artículo 19° de la Constitución asegura todas las personas: N° 1 El derecho a la vida y la integridad física y psíquica. Asimismo, señala que “la ley protege la vida del que está por nacer”.¹¹⁸ Agregando en su considerando cuadragésimo tercero que según antecedentes y probanzas aportadas a la causa la concepción – momento desde el cual nuestro legislador ha querido proteger la vida del que está por nacer – se produce al momento en que el espermatozoide penetra el óvulo y forma un cigoto viable, según lo define el Diccionario Médico Mosby; concepto que por lo demás no se encuentra controvertido en dichos

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ El 20° Juzgado Civil de Santiago, en nulidad de derecho público, 30/06/04, en causa rol: 5839-2004.

¹¹⁸ Ídem.

auto.¹¹⁹Y finalmente el tribunal señala en su considerando cuadragésimo cuarto que en atención a lo descrito anteriormente, nuestro legislador protege el germen de un individuo de la especie humana antes de su nacimiento, estableciendo un estatuto jurídico especial, prohibiendo la realización de abortos terapéuticos en el Código Sanitario y sancionado como delito el aborto en nuestro Código Penal.¹²⁰

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 10 de Diciembre de 2004, Rol: 6955-2004, conociendo de la apelación deducida en contra de la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago de 30 de Junio de 2004 que declaró nula de derecho público la resolución N°7.224 del Instituto de Salud Pública, del 24 de Agosto de 2001, que había permitido la venta del fármaco Postinor-2, revocó dicha resolución judicial, señalando en su considerando décimo “...que el juez, ante el evento ya señalado y existiendo un riesgo grave, explícito y determinado en contra de la vida del que está por nacer, puede y debe tomar las providencias conservativas o de protección que sean necesarias, condición que importa la certeza previa de que existe un ser de esa naturaleza a quien proteger, lo

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Ídem.

que, como se ve, no ocurre en la especie, desde que aún no se ha dirimido científicamente la circunstancia fundante y primaria sobre el tema, consistente en saber en qué momento se produce la concepción, esto es, si en el acto de la fecundación o de la implantación.¹²¹ Agregando en su considerando duodécimo “Que la antes señalada aspiración de proteger la vida del que está por nacer que pretende la demandante, evidentemente importa una certeza científica previa fundamental, cual es la de conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo. Al efecto, en la demanda se dice y el fallo en revisión lo da por cierto- que el fármaco Postinor-2 provoca una alteración del endometrio que impide la anidación del cigoto, esto es, que tiene efectos claramente antiimplantatorios, lo que equivale a decir, a juicio de estos, que son abortivos. Pese a que en ambas oportunidades en la demanda y la sentencia- se reconoce expresamente que sobre ese punto existe duda científica,...”.¹²² Señalando además en su considerando

¹²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de segunda instancia de 10/12/2004, Rol: 6955-2004.

¹²² Ídem.

decimosexto “Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tienen ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquellos de significación religiosa.¹²³En su considerando decimoséptimo indica “Que justamente ante la encrucijada actual de no existir verdad científica indiscutida en relación a los efectos del fármaco en análisis y ante el requerimiento o necesidad de que éste pueda comercializarse para su uso masivo, la organización administrativa estatal contempla organismos técnicos que, en uso de sus facultades, puede y debe resolver el problema, garantizando la salud pública allí comprometida. El Instituto de Salud Pública de Chile es el órgano contemplado por la legislación nacional para asumir esa

¹²³ Ídem.

responsabilidad....”.¹²⁴ Finalmente, en su inciso decimoctavo concluye la Corte “Que en este ámbito de la administración, la entidad pública demandada ha dado cumplimiento a sus obligaciones propias en cuanto al registro y autorización de que se trata en autos, haciendo uso de la discrecionalidad que su potestad le acuerda y tomando las providencias sanitarias que le han parecido pertinentes...”.¹²⁵

La Corte Suprema, en sentencia de 28 de Noviembre de 2005, en causa Rol: 1039-2005, en la cual se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó a su vez la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago la cual declaró nula de derecho público la resolución N°7.224 del Instituto de Salud Pública que había permitido la venta del fármaco Postinor-2, señala en su considerando vigésimo primero “Que en concepto de esta Corte, la legitimación activa del actor, esto es la pretensión de obtener una decisión jurisdiccional respecto de la vulneración de los derechos atribuidos al Instituto de Salud Pública de Chile, se encuentra fundamentada en lo que

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Ídem.

dispone la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N°1, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la ley a su vez, protege la vida del que está por nacer, norma que se encuentra establecida, en el grado de cautela en el artículo 75 del Código Civil. Así, el derecho para tutelar la vida de los seres que se encuentran en etapa de gestación, alcanza también en este caso al actor, puesto que, perteneciendo a un cuerpo intermedio con personalidad jurídica, que propende a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, dicha condición jurídica le permite legítimamente accionar en defensa de bienes jurídicos.¹²⁶ Agregando en el considerando trigésimo “Que de lo anterior, fluye como una cuestión vinculante, para la resolución del recurso de casación en el fondo, de acuerdo con los hechos indicados precedentemente y a los cuales este tribunal no está en condiciones jurídicas de modificar, que no está establecido que el fármaco Postinor-2 produzca los efectos dañinos que se invocan en la demanda, para justificar la nulidad de derecho público que permita dejar sin efecto la resolución

¹²⁶ Corte Suprema, en sentencia de 28 de Noviembre de 2005, en causa Rol: 1039-2005.

N°7.224 de 24 de agosto de 2.001, dictada por el I.S.P., que materializó el registro para la venta o comercialización del aludido fármaco, elaborado en base al principio activo “Levonorgestrel 0.75 mg. En síntesis, se adujo por el actor que dicho compuesto amenaza o afecta el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos y, por ello se pedía la protección jurisdiccional, porque tal fármaco al afectar un embrión, por consiguiente un ser ya concebido, tenía un efecto abortivo que proscribe el artículo 19 N°1 inciso segundo de la Carta Fundamental y el artículo 75 del Código Civil, que cautela también la vida del que está por nacer, pero tales supuestos no fueron demostrados”.¹²⁷ Además, en el considerando trigésimo primero indica “Que en estas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco “Postinor-2” tenga los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas, que aseguran la vida del que está por nacer, aun aceptando que esta protección existe desde el momento de la concepción, o sea, desde la unión de un espermatozoide maduro con el óvulo constituyendo el cigoto, cuestión que no se encuentra

¹²⁷ Ídem.

absolutamente discernida, científica y jurídicamente hablando”.¹²⁸

Finalmente señala la Corte Suprema en su considerando trigésimo cuarto “Que, como ya se ha explicado, no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer, de tal manera, que el organismo público encargado por la ley, para autorizar el registro de un producto para su venta, dentro de su competencia estaba habilitado, precisamente por las funciones que la ley encomienda para efectuar dicho acto administrativo...”¹²⁹

Cabe destacar en este punto la principal diferencia en las decisiones tomadas por la Corte Suprema entre la sentencia de 30 de Agosto de 2001 en Recurso de Protección frente a la comercialización de la denominada comúnmente “píldora del día después” y la sentencia de 28 de Noviembre de 2005, en la cual se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual radica en los efectos imputados a la incertidumbre entorno a los efectos del levonorgestrel. Es

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Ídem.

decir, a la falta de prueba concluyente de la verdad o falsedad de la aseveración de que la ingestión de este fármaco produce como efecto - al menos secundario- el impedimento de la anidación de un embrión en el endometrio. Así, la sentencia de 30 de Agosto de 2001 en su considerando 20° nos señala que: “... cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran a la vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado “Postinal” (...), uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, han incurrido en una ilegalidad (...)”. Por su parte, la sentencia de 28 de noviembre de 2005 en su considerando 34° afirma lo siguiente: “no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer, de tal manera que el organismo público encargado por la ley, para autorizar el registro de un producto para su venta, dentro de su competencia estaba habilitado, precisamente por las funciones que la ley le encomienda para efectuar dicho acto administrativo (...)”.

Conforme a la tesis de la primera sentencia de la Corte, basta con la posibilidad de que el fármaco produzca un efecto impeditivo de la implantación del embrión para que el Estado deba prohibirlo y, en consecuencia, sea ilegal (inconstitucional) su autorización. Conforme a la tesis de la segunda sentencia de la Corte, es necesario demostrar, fuera de toda duda, que el fármaco produce ese efecto para sostener que el Estado debe prohibirlo y, en consecuencia, que su autorización es ilegal (inconstitucional).

Finalmente, importante es señalar el dictamen 25403 de la Contraloría General de la República, dictado con fecha 21 de Agosto de 1995, atendiendo una consulta relativa a pensiones y bonificaciones de madres de hijos no natos, señalando en lo esencial:

“(...) El artículo 19 N° 1 de la Constitución Política prescribe, en lo que interesa, que “la ley protege la vida del que está por nacer”, es decir, por mandato de la Ley Suprema es imperativo para el legislador observar reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, constituye una persona en gestación.

Las disposiciones precedentemente mencionadas deben entenderse complementadas, a su vez, por la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (...) que en su artículo 4° N° 1, señala que ‘Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente’.

Así pues, y como quiera que acorde con el artículo 5° de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes –cuyo es el caso de la Convención Americana sobre derechos Humanos- el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley N° 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula”.¹³⁰

Por lo expuesto, de las decisiones de los tribunales de justicia y de los dictámenes pronunciados por la Contraloría General de la República, podemos concluir que el ordenamiento jurídico constitucional esta

¹³⁰ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit., pág. 10.

encaminado a la protección de la vida desde el momento de la concepción, por lo que no se admitiría atentado en contra de la vida feto, atentados dentro de los cuales está el aborto terapéutico. Es así como el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 13 de agosto de 1995, rol No 220, considerando 6º, señaló “Puede concluirse que la Constitución regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural”.¹³¹

E. Pactos Internacionales.

En cuanto a tratados internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico que hacen referencia a la protección de la vida del que está por nacer cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también denominado Pacto de San José de Costa Rica el cual fue suscrito en dicho lugar el 22 de noviembre de 1969 y ratificado por Chile el 21 de agosto de 1990, que en su artículo 4, en

¹³¹ Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 13 de Agosto de 1995, por requerimiento de constitucionalidad respecto de los artículos 7º, 10 y 11 del proyecto de ley sobre trasplantes de órganos, aprobado por el Congreso Nacional, Rol: 220, considerando 6º.

relación al derecho a la vida, su número 1 señala *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.¹³² Precepto que tiene plena aplicación en virtud del artículo 5 de nuestra Constitución.

¹³² Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

CAPÍTULO IV

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA CHILENA.

A. Historia del aborto terapéutico en la Legislación Chilena.

La historia del aborto terapéutico en nuestra legislación se remonta al DFL 226, de 15 de mayo de 1931, el cual estableció la indicación terapéutica. Dicha figura exigía, como requisito, la opinión de tres facultativos más la documentación correspondiente. Sin embargo, en caso de urgencia o frente a la falta de facultativos en la localidad el aborto practicado con fines terapéuticos debía ser documentado por un médico y dos testigos, quedando en poder del primero el testimonio correspondiente¹³³.

El precepto del DFL 226 estuvo vigente hasta que el 11 de diciembre de 1967 entró en vigencia el artículo 119 del Código Sanitario,

¹³³ El artículo 226 del DFL 226 de 15 de mayo de 1931 señalaba: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

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

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

cuyo texto permitía el aborto terapéutico, y sólo exigía para proceder la opinión documentada de dos médicos cirujanos¹³⁴. Por lo que esta nueva norma no establecía nada diferente del DFL 226 respecto de los fines, sólo redefinió el procedimiento.

Según el profesor Antonio Bascuñan Rodríguez¹³⁵, en el caso chileno, la ley eludió entrar a configurar las causales en que procedía el aborto terapéutico, solamente se limitó a señalar la forma en que debía procederse para que se diera por concurrente dichos fines.

En la práctica el aborto terapéutico chileno nunca dio lugar a revisión judicial, pues su ejecución podría haber sido impugnada, lo cual explica el campo muerto que representa esta materia en nuestra jurisprudencia. La causal “fin terapéutico” carecía de bordes precisos que definieran los márgenes de lo autorizado y lo no autorizado. Era un sistema “sui generis”, que en el fondo era un sistema de aborto libre, pues bastaba con la certificación de dos médicos. Lo que restringía la práctica del aborto

¹³⁴ El antiguo artículo 119 del Código Sanitario expresaba: “ Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos.

¹³⁵ Apuntes de clases de la Cátedra de Derecho Penal del año 2001 del Profesor Antonio Bascuñan Rodríguez.

terapéutico era la ética médica. De iure era un sistema de indicaciones con una única indicación indefinida.

Así, durante 1973, un equipo médico de un hospital público que atendía a un populoso sector de Santiago, realizó una interpretación administrativa y liberalizadora de la ley. Esta interpretación fue posible por el momento histórico que vivía el país: el gobierno de la Unidad Popular del Presidente Salvador Allende. Se vinculó “el interés de las mujeres en riesgo con la motivación de aquellos trabajadores de la salud que conocían y manejaban directamente los problemas relacionados con el aborto”¹³⁶.

El equipo de salud del Hospital Barros Luco consideró que el aborto ilegal colocaba en riesgo la vida y salud de la mujer, por lo cual el realizar un aborto en el hospital a mujeres de estratos sociales más modestos, era un aborto legal, porque se evitaban los riesgos de morbilidad y mortalidad materna. Se normó el procedimiento que se debía cumplir para autorizar las solicitudes de aborto: embarazos de 12 semanas o menores y, la mujer tenía que aceptar, post aborto, un método anticonceptivo, incluyendo la esterilización, si fuera ese el procedimiento adecuado. El procedimiento

¹³⁶ Monreal, T. ,“Evolución histórica del aborto provocado en Chile”, Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres, Hablemos del Aborto Terapéutico. Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, Santiago,1993, pág. 19.

fue gratuito y restringido sólo a las mujeres atendidas en el área servida por el hospital.¹³⁷ La experiencia duró ocho meses y terminó con el golpe militar en septiembre de 1973. Se realizaron casi dos mil abortos bajo esta interpretación del artículo 119, lo que iba a servir de modelo para otros servicios en el país.

B. Antecedentes de la Ley 18.826 y la modificación del artículo 119 del Código Sanitario.

El 15 de septiembre de 1989 fue publicada en el Diario Oficial la ley 18.826 que modificó el artículo 119 del Código Sanitario, señalando que **“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”**, por lo que se puso fin al aborto terapéutico en Chile. Dicha derogación se justificó en el hecho de que las hipótesis de aborto terapéutico es de muy infrecuente ocurrencia, puesto que el estado actual de la ciencia y tecnología médica lo tornan prácticamente imposible. Y que su incidencia estadística es, pues, insignificante. Más aún, se dijo que la

¹³⁷ Ídem, pág. 20.

derogación del aborto terapéutico era congruente con la protección a la vida consagrada en nuestra actual Constitución¹³⁸.

En cuanto a los antecedentes de la ley 18.826, se debe indicar que el proyecto de ley surgió por una moción de la Primera Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno con el fin de lograr una efectiva protección de la vida del que está por nacer.¹³⁹ Es así como esta moción señalaba que el proyecto de ley tenía el propósito de contribuir al cumplimiento de la disposición del artículo 19 N°1 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, y que se hacía después de un exhaustivo estudio de las normas relativas a estas materias, en el cual se había concluido que ellas no eran consecuentes con la garantía constitucional aludida. Y que dicha conclusión se basaba en que, por una parte, el artículo 119 del Código Sanitario adolecía de una amplitud e imprecisión que no permitía resguardar la vida en su etapa intrauterina y , que por otro lado, el Código Penal al señalar las penas para

¹³⁸ Mohor, Salvador, "Reflexiones en torno a la prohibición del aborto en Chile", XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1989, pág. 389.

¹³⁹ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit., pág. 11

las conductas típicas incurría en una doble valoración de la “Vida”, según sea que el ser haya o no nacido.¹⁴⁰

Debido a la complejidad del tema y sus múltiples implicancias se debió consultar legislación extranjera, tratadistas y la opinión de médicos y moralistas de reconocida solvencia y prestigio profesional y moral, elaborándose el proyecto sobre la base de que la vida se inicia antes del alumbramiento, por lo que requería una protección eficaz, particularmente por la imposibilidad de que el ser en gestación pueda defenderse y que tenía el derecho natural a su propia vida.¹⁴¹

El proyecto que se presentó constaba de dos artículos: a) a través del primero se modificaba el artículo 119 del Código Sanitario por uno nuevo que estableciendo una prohibición de efectuar acciones abortivas, resolvía igualmente la situación de la muerte del ser en gestación como consecuencia indirecta y no deseada de una acción médica necesaria que se deba desarrollarse en la madre enferma; y b) se reemplazaban los artículos 342 al 345 del Código Penal, para lo cual se inicia el párrafo con la

¹⁴⁰ República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Moción de fecha 8 de Julio de 1988, pág. 12.

¹⁴¹ Ídem, pág. 12 y 13.

descripción del tipo penado, modificándose luego las penas asignadas, asimilando ésta a las contempladas para el delito de homicidio simple.¹⁴²

Se estimó conveniente legislar simultáneamente en ambos cuerpos legales, a fin de lograr entre ellos una debida armonía y concordancia con la idea central en lo sustantivo y en la reprochabilidad social que se aplique a las conductas transgresoras.¹⁴³

En el Informe Técnico del proyecto de ley se hace referencia a la circunstancia que la protección a la vida está garantizada desde antes del nacimiento, debiendo el ordenamiento legal respetarla desde el momento de la concepción¹⁴⁴. Agregando que la disposición contenida en el artículo 119 del Código Sanitario (“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”), y en virtud de la cual se autoriza el aborto terapéutico, es inconstitucional “toda vez que no protege, en absoluto la vida del que está por nacer y, en definitiva, autoriza su muerte. La ambigüedad y amplitud de sus términos no significa otra

¹⁴² Ídem, op. cit. 13.

¹⁴³ Ídem, op. cit.

¹⁴⁴ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit., pág. 11 y 12.

cosa que la legalización o autorización del aborto hecho por un médico, ya que la expresión “fines terapéuticos” en nuestra legislación no tiene un significado unívoco ni aparece definida, debiendo entenderse por tal: todo medio, elemento o práctica destinado a obtener la mejoría de un enfermo o superar un estado de salud deficitario de un individuo”.¹⁴⁵ En tales circunstancias, continua el informe, “al autorizar nuestro Código Sanitario esta “interrupción del embarazo”, que no es sino un aborto expresado en términos más sutiles, resulta no ser consecuente con la garantía constitucional de la protección a la vida del que está por nacer y, por tanto, inconstitucional.”¹⁴⁶

Del mismo modo, se señala, que diversos informes elaborados por destacados médicos, a requerimiento de la Primera Comisión Legislativa, ahondan sobre el aspecto médico científico, demostrando que en la actualidad el denominado “aborto terapéutico” se encuentra en desuso, debido a los avances científicos y tecnológicos que han superado esta situación, careciendo de objeto mantener tal norma.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Técnico, op. cit., pág. 18.

¹⁴⁶ Ídem, op. cit.

¹⁴⁷ Ídem, op. cit, pág. 18 y 19.

Por último, se consigna, que distinto es el caso de la muerte no deseada del ser en gestación, causada indirectamente por una acción médica desarrollada en la gestante enferma y que indirecta e involuntariamente, produce doble efecto. Agregando que esta materia sí debería tener una consideración y tratamiento legal, a fin de que resuelva adecuadamente el problema, sin atentar contra el principio ético-moral ni contra la norma constitucional.¹⁴⁸

En la realización del proyecto se tuvo en consideración las opiniones de diversos expertos en la materia dentro de la cuales cabe destacar las siguientes:

a) El doctor Alejandro Serani, Profesor de Ética Médica de la Universidad Católica, señaló que la acción conocida como “aborto terapéutico directo por indicación materna” no solo es una acción específicamente médica, sino que además encuentra objeciones insalvables desde el punto de vista ético. 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 dan se presenten. Señalando que el llamado “aborto terapéutico por

¹⁴⁸ Ídem, op. cit, pág. 19.

indicación fetal”, es decir, la interrupción voluntaria de la gestación para evitar el nacimiento de un niño enfermo, es una intervención que no tiene justificación, ni desde el punto de vista médico ni de la ética. Ya que desde el punto de vista médico, se trata de una acción que no es terapéutica, ni para la madre, y menos para el niño. Y desde el punto de vista de la ética se trata de una violación directa y absoluta del derecho a la vida.¹⁴⁹

En todo caso, agrega, que la eventualidad de un aborto terapéutico directo por indicación medica materna, en su modalidad pura, es decir, muerte segura para la madre si no hay interrupción del embarazo, es afortunadamente, muy rara. Y que médicos obstetras de vasta experiencia manifiestan no haberse encontrado nunca en su vida profesional ante tal disyuntiva. En que el progreso tecnológico de la Medicina, por otra parte, hace cada día más improbable la aparición de esta eventualidad.¹⁵⁰

Finalmente el doctor Serani señala respecto al denominado aborto terapéutico indirecto por indicación materna, que los casos mas frecuentes son el de la mujer con embarazo tubario, y el de la mujer con útero canceroso y con feto aún no viable. Y que se acepta su licitud cuando el

¹⁴⁹ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Dr. Serani, op. cit., pág. 74 y 75.

¹⁵⁰ Ídem, op. cit, pág. 75 y 76.

bien que se intenta salvar (la vida de la madre) es proporcional al daño que indirecta pero inevitablemente se provoca (la muerte del hijo), y cuando no existe ninguna otra manera de lograr el efecto benéfico. Siendo por lo tanto un recurso de última instancia.¹⁵¹

b) El doctor Alfredo Pérez Sánchez, Profesor de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Católica, también estimaba innecesaria la norma del Código Sanitario, señaló que el aborto terapéutico era sólo un fenómeno histórico de muy extraña ocurrencia, pues habían desaparecido los casos hace décadas en las clínicas y hospitales del país.¹⁵²

c) El doctor Ernesto Medina Lois, Director de la Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, concuerda con que se trata de un procedimiento que se utiliza cada vez más raramente, pues el progreso en el tratamiento de numerosas patologías hace que actualmente se requiera sólo a título excepcional la práctica del

¹⁵¹ Ídem, op. cit, pág. 79.

¹⁵² Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Dr. Pérez Sánchez, op. cit., pág. 89.

aborto terapéutico en algunos casos de insuficiencias renales o de deficiencias inmunitarias graves.¹⁵³

d) Por último, el doctor Ramiro Molina, Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, señaló que en ciertas circunstancias el aborto, excepcionalmente, es admisible. Entre dichos casos se encuentran las malformaciones congénitas detectadas en la vida intrauterina e incompatibles con la vida del que nacerá (Ej: Anancefalia, monstruosidades únicas o dobles, etc.) ; patologías graves de la madre que se complican con el embarazo y que la llevarían a muerte materna y fetal (Ej: Monorena con insuficiencia renal, insuficiencia hepática grave, con tendencia al coma hepático); y patología obstétrica concomitante con el embarazo que pone en peligro la vida de la madre (Ej: Síndrome hipertensivo maligno del embarazo).¹⁵⁴

Finalmente señala que el aborto terapéutico sólo podría llevarse a cabo bajo las siguientes condiciones: 1) Autorizado con opinión de un mínimo de dos profesionales médicos; 2) Autorizado legalmente por

¹⁵³ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Dr. Medina Lois, op. cit., pág. 91.

¹⁵⁴ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Dr. Molina , op. cit., pág. 98 y 99.

ambos padres, después de recibir la adecuada información; 3) Ejecución en Servicios con niveles técnicos adecuados y acreditados; 4) Absoluta voluntariedad para el profesional, que se puede negar a ejecutar el aborto terapéutico.¹⁵⁵

También debe hacerse presente que se consultó la opinión de expertos morales, teólogos y juristas dentro de las cuales cabe destacar:

a) El sacerdote José Miguel Ibáñez Langlois señaló que era partidario de suprimir la norma del Código Sanitario, porque el aborto terapéutico era inexistente y por razones de orden moral.¹⁵⁶

b) El señor Juan Antonio Widow, por su parte, señalaba que el feto es persona por lo que no puede haber una diferencia esencial entre las normas que protegen la vida del feto y las de las personas nacidas. Considerando necesario modificar las normas pertinentes sobre procedimiento penal, para garantizar su vigencia práctica, como por ejemplo, dándole en estos la calidad de ministros de fe a los médicos. Y que respecto del aborto terapéutico, debía derogarse el artículo 119 del Código Sanitario porque aquí no había un conflicto de derechos y en la

¹⁵⁵ Ídem, op. cit, pág. 99.

¹⁵⁶ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Sr. José Miguel Ibáñez Langlois , op. cit., pág. 250.

práctica este tipo de aborto era cada vez más escaso. Sin embargo, considera lícito intervenir quirúrgicamente a la madre, aunque ello sea riesgoso para el feto, cuando existe una necesidad real de hacerlo.¹⁵⁷

c) El doctor Elías Jacob Helo en su informe señaló que el aborto terapéutico era prácticamente inexistente. Sin embargo, para solucionar las posibles situaciones excepcionalísimas que pudieren presentarse, expresa que debe mantenerse el artículo 119 del Código Sanitario, sólo modificándolo en el sentido de que a lo menos tres médicos den su autorización para practicarlo.¹⁵⁸

Después de oír diversas opiniones en la materia la Comisión Conjunta, presidida por un representante de la Segunda Comisión Legislativa e integrada por representantes de las restantes Comisiones Legislativas, rechazó la idea de legislar.¹⁵⁹

La Primera Comisión Legislativa fue la única Comisión que se muestra partidaria de la idea de legislar al respecto. Sosteniendo que tienen

¹⁵⁷ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Sr. Juan Antonio Widow, op. cit., pág. 250 y 251.

¹⁵⁸ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Dr. Elías Jacob Helo, op. cit., pág. 253.

¹⁵⁹ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, Informe Comisión Conjunta, op. cit., pág. 254.

el mismo valor jurídico la vida del que está por nacer, desde el momento mismo de la concepción, y la del que ha nacido. Señalando además que el artículo 119 del Código Sanitario autorizaba el aborto terapéutico a diferencia del proyecto que jamás lo hacía, porque no es lícito matar a un embrión, sin perjuicio que puedan haber factores atenuantes de culpabilidad.¹⁶⁰

Sin embargo, la Segunda Comisión Legislativa rechazó la idea de legislar, por las siguientes razones: pues estimó que el aborto terapéutico era prácticamente inexistente, por lo que se consideró innecesario legislar sobre un problema que no existe. Además se estimó que en ese momento era políticamente inconveniente legislar sobre este tema, pues determinados sectores podrían haberse preguntado qué otras medidas se estarían tomando para proteger la vida del que está por nacer, a parte de esta modificación tan puntual, y que se está haciendo por proteger la vida del que ya nació.¹⁶¹

Asimismo, la Tercera Comisión Legislativa, también rechaza la idea de legislar, pero sugiere que la normativa del artículo 119 del Código

¹⁶⁰ Ídem, op. cit, pág. 254 y 255.

¹⁶¹ Ídem, op. cit, pág. 255-257.

Sanitario debía perfeccionarse, de manera que comprendiera la vida y la salud de la madre y estudiar la posibilidad de incluir otras indicaciones, como lo hacen algunas legislaciones, para dar una salida a casos absolutamente excepcionales como la violación de la madre.¹⁶²

Finalmente, la IV Comisión Legislativa era de la opinión de no legislar, basándose en que el aborto terapéutico había caído en desuso.¹⁶³

A pesar de las opiniones de las comisiones legislativas, con fecha 5 de abril de 1989, el Presidente de la I Comisión Legislativa reformula el planteamiento en apoyo de la moción que contiene el proyecto de ley relativo a la protección de la vida del que está por nacer, además de ser determinantes para ello las opiniones emanadas de la Facultad de Medicina de la Universidad Católica y por el entonces obispo de Rancagua, Jorge Medina Estévez.¹⁶⁴

Los profesores de la Facultad de Medicina de la Universidad Católica, los doctores Alfredo Pérez, Rodolfo Wild y Gustavo Gormaz, señalaron en su informe en relación al aborto terapéutico que no existe ninguna enfermedad física o psíquica de la embarazada que la medicina

¹⁶² Ídem, op. cit, pág. 258.

¹⁶³ Ídem, op. cit., pág. 260.

¹⁶⁴ Ver Navarro Beltrán, Enrique, op. cit., pág. 14.

actual indique como terapéutica directa y necesaria para la provocación del aborto, señalando que no se ha presentado ningún caso en su Hospital Clínico en sus 27 años de existencia. Asimismo, indicaban que era posible que en ciertas enfermedades y bajo ciertas circunstancias, se tenga que efectuar en forma impostergable un tratamiento que derive en la pérdida del embarazo como una consecuencia indirecta y no intencionada de dicha terapia, Siendo ejemplo de esta situación el tratamiento quirúrgico o por radiación de algunos cánceres uterinos, leucemias y otros tipos de cánceres concomitantes con embarazos iniciales; y que en estos casos, el tratamiento no es el aborto, sino que éste es consecuencia del tratamiento de la enfermedad; que la ultrasonografía ha hecho posible en último decenio, diagnosticar muy precozmente anomalías fetales como la anencefalía, agencia renal y otros que suelen esgrimirse como causales de aborto “terapéutico”. En estos casos, al igual que la rubéola en el primer trimestre de embarazo, la condición de terapéutico del aborto no cabe, ya que la madre no adolece de enfermedad susceptible de ser sanada por el aborto y en lo que al feto se refiere constituye un contrasentido, pues nadie sana muriendo.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, op. cit, pág. 317-318.

Por otro lado, la Comisión de Ética, cultura e historia de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile señaló que los casos de aborto terapéutico son excepcionales debido al mejor manejo diagnóstico y terapéutico de la embarazada con patologías, pero que aun así suelen plantearse en situaciones de extrema gravedad.¹⁶⁶

El entonces obispo de Rancagua, Jorge Medina Estévez, envió una comunicación en que señalaba que lo esencial del proyecto debía derogar pura y simplemente el artículo 119 del Código Sanitario, basándose en que esta norma institucionalizaba el aborto y que constituía un arma eficaz, de fácil uso y sin mayores condiciones para la practica de este crimen en nuestro país. Apoyándose, además, en el hecho de que no existía, desde el punto de vista médico, indicación para practicar un aborto terapéutico, por cuanto los avances notables de la ciencia nunca ponen en contraposición la vida de la madre y la del feto. Agregando, que son conforme a la moral cristiana los procedimientos médicos que se empleen para salvar la vida de una mujer encinta y que tenga paralelamente el resultado no deseado ni buscado, de causar la muerte del feto, son legítimos en virtud del llamado “principio del doble efecto”. Y que esta situación es totalmente distinta del

¹⁶⁶ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, op. cit, pág. 336.

aborto terapéutico, en el cual la muerte del feto es el medio que conduce a la salvación de la vida de la madre, y por eso es un aborto directo. Por lo que se muestra partidario del denominado “aborto terapéutico indirecto”, indicando que es el único que es moralmente lícito.¹⁶⁷

Asimismo, el Obispo de Talca Carlos González, Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile, señaló que la Iglesia Católica condena moralmente todo tipo de aborto procurado, señalando que “Hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas.”¹⁶⁸

En sesión legislativa celebrada el 18 de Abril de 1989, la Junta de Gobierno acordó remitir nuevamente el proyecto de ley a la Comisión Conjunta, para que se reestudiara la idea de idea de legislar sobre la materia. Pues durante el nuevo estudio de la iniciativa, los representantes de la Primera Comisión Legislativa retiraron la propuesta de modificar el Código Penal en lo que se refiere al aumento de la penas del delito de

¹⁶⁷ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, opinión del Obispo Jorge Medina, op. cit, pág. 336.

¹⁶⁸ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, opinión del Obispo de Talca Carlos González, op. cit, pág. 322.

aborto, y sugirieron modificar solamente el artículo 119 del Código Sanitario; y la reforma del artículo 119 del Código Sanitario consistía en la eliminación de la indicación abortiva para salvar a la madre (aborto terapéutico), ya que dicha norma establecía una conducta típica pero no antijurídica, por lo que dicha normativa hacía permisible el aborto en nuestro ordenamiento jurídico; es por ello que se propuso eliminar la norma sustituyéndose por otra que establece “no podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto”.¹⁶⁹

Esta idea de reenviar el proyecto de ley se basaba en que de acuerdo los antecedentes enviados por distintas entidades científicas y religiosas, el aborto terapéutico no tendría aplicación, ya que en la actualidad, debido a los notables avances de la ciencia, era muy poco probable que existiera una contraposición entre la vida de la madre y la del feto, de manera que se estimó conveniente derogar una norma que había caído en el desuso y que sólo se utilizaba como resquicio para realizar una enorme cantidad de abortos en hospitales y clínicas; y que si bien se consideró la posibilidad de que existieran casos remotos en que el aborto terapéutico podría tener aplicación, se estimó innecesario mantener la norma para casos

¹⁶⁹ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, op. cit, pág. 368-370.

extremadamente excepcionales, y que el juez en dicha situación aplicaría las disposiciones generales del Código Penal; y que con la aplicación de la norma propuesta, el hecho siempre tendrá el carácter de ilícito, siendo una conducta típica y antijurídica.¹⁷⁰

Y que por todo lo expuesto, la Comisión Conjunta acordó reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario por otra norma que prohíbe la acción directa destinada a provocar el aborto, dejando constancia en el informe que se compartía la observación formulada por el obispo Medina, en el sentido que los procedimientos médicos que se empleen para salvar la vida de una madre embarazada y que tengan paralelamente el resultado no buscado ni deseado, de causar la muerte del feto, son legítimos en virtud del principio de doble efecto, situación completamente distinta a la del aborto terapéutico, en el cual la muerte del feto es el medio conducente a la salvación de la vida de la madre, y por eso es un aborto directo.¹⁷¹

Finalmente, la Junta de Gobierno, por acuerdo de fecha 17 de agosto de 1989, dispuso remitir el proyecto de ley a la Comisión Conjunta

¹⁷⁰ Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, op. cit, pág. 370 y 371.

¹⁷¹ Ídem, op. cit. pág. 370.

encargada de su estudio con el objeto de efectuar un nuevo examen de la iniciativa; la proposición que se sometió a la consideración de la Junta de Gobierno consistía en un artículo único que reemplazaba el artículo 119 del Código Sanitario por la siguiente norma: “No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto”; durante este nuevo estudio del proyecto de ley, la Comisión Conjunta volvió a concluir la necesidad de mantener en el Código Sanitario una norma que contemplare el aborto terapéutico para casos excepcionalísimos, sin embargo, con el propósito de precisar aún más la norma, se estimó conveniente modificar la redacción propuesta, pues se consideró que la expresión “acción directa”, como contrapuesta a “acción indirecta”, podría prestarse a equívocos. En cambio, el empleo de la palabra “fin”, entendida en su acepción de “objetivo o motivo con que se ejecuta una cosa”, permite una mayor objetividad de la norma. Y como consecuencia de lo anterior se preceptúa que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.¹⁷²

¹⁷² Ver República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826, op. cit, pág. 386 y 387.

C. Punibilidad del aborto terapéutico en el Derecho Penal Chileno.

Frente a la nueva redacción del artículo 119 del Código Sanitario surgen distintas posibilidades en cuanto si el aborto terapéutico importa una conducta típica y antijurídica sancionable, debido a que - a primera vista- resultaría caber dentro del delito de aborto contemplado en los artículos 342 a 345 del Código Penal, artículos que, a diferencia de otras legislaciones, lo consideran no como un atentado a la vida sino que contra el orden de las familias y contra la moralidad.

Ante esto tenemos las siguientes posibilidades que determinarían la impunidad de la práctica de un aborto terapéutico:

Se podría sostener que el aborto terapéutico no es sancionable en cuanto no sería antijurídico, ya que se actuaría amparado por una causal de justificación, que es legítima defensa (artículo 10 N°4, 5 y 6 del Código Penal). Sin embargo, esta postura me parece improcedente pues no se cumpliría con uno de los requisitos para configurar esta causal de justificación que es, a saber, la existencia de una agresión ilegítima, la cual debe ser dolosa o culposa proveniente de un tercero. Es por ello, que el

aborto terapéutico no podría ser justificado de esta manera, puesto que el feto es incapaz de realizar una conducta volitiva que nos permita decir que actúa con dolo o culpa, razón por la cual esta postura debe ser descartada de plano.

Por otro lado, se puede sostener que el aborto terapéutico obedece a otra causal de justificación, que es el estado de necesidad exculpante (artículo 10 N°7 del Código Penal), en que se produce un conflicto de deberes establecidos en la ley, en que el cumplimiento de uno de estos deberes acarrea la imposibilidad de cumplir con el otro. Y si se trata de bienes jurídicos de igual jerarquía, al cumplir con uno de ellos, existe la justificación. En el caso del aborto terapéutico los deberes en conflicto son, por una parte velar por la vida o salud de la mujer y, por la otra, velar por la vida del nasciturus. Sin embargo, también se pone en duda la procedencia de esta justificación, debido a que no hay concordancia en cuanto a si el mal que se trata de evitar sea mayor que el causado, pues dependerá si el feto se le considera o no una persona, además el artículo 119 del Código Sanitario no aceptaría ponderaciones de intereses adversas a la vida del nasciturus.

Interesante resulta mencionar al respecto una sentencia de amparo dictada por el Juzgado en lo Criminal y Correccional 3 de Mar del Plata, de fecha 5 de septiembre de 1997, el cual consideró procedente la práctica de un aborto terapéutico en el caso de una mujer embarazada aquejada de diabetes I, y que presentaba reiteradas y recientes internaciones hospitalarias por comas diabéticos en el último trimestre de embarazo, y que según los médicos de seguir adelante con dicho embarazo se generarían graves riesgos para la salud e incluso para la vida de la mujer.

El juez consideró, que había una causal de justificación de estado de necesidad, por lo que no debería permitirse que la paciente comprometiera su vida y el futuro de todos sus hijos. Además se señaló que la vida y la salud son valores humanos fundamentales consagrados en la Constitución Argentina y en Tratados Internacionales vigentes en esa República. Por lo que no puede realizarse alguna conducta que atente en contra de esos derechos fundamentales¹⁷³. A pesar de lo expuesto en esta sentencia, me parece un poco dudoso la forma en que se justifica el aborto terapéutico, debido a que en el derecho argentino el artículo 70 de su Código Civil se

¹⁷³ Hooft, Pedro Federico, “Bioética y Derechos Humanos, Temas y Casos”, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1999, pág. 231 y SS.

reconoce que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona, sin embargo se puede pensar que estaría permitido realizar una ponderación de intereses que justifique el estado de necesidad.

También se sostiene que se actuaría en virtud de la causal de justificación contemplada en el artículo 10 N°10 del Código Penal, el cual declara exento de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. Por lo que el médico que practica un aborto con el fin de salvar la vida o salud de la embarazada estaría actuando en el legítimo ejercicio de su profesión, siempre que lo haga según su *lex artis*. Pero esta postura también puede ser criticada, ya que la *lex artis* de los médicos estaría consagrada expresamente en el Libro V del Código Sanitario, el cual establece las normas que regulan el ejercicio de la medicina y profesiones afines, dentro de las cuales está el actual artículo 119, por lo que no estaría obrando según su *lex artis*¹⁷⁴, por tanto no se configuraría la causal de justificación.

¹⁷⁴ Sanhuesa Moreno, Juana, “Tratamiento del aborto terapéutico”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Vol. LVIII. N°87, pág. 27 a 33.

Finalmente, la postura que al parecer se ajustaría a la realidad del aborto terapéutico en nuestro país, es aquella que permite afirmar que el aborto terapéutico es una conducta atípica, pero siempre que se produzca bajo la forma de aborto terapéutico indirecto. Esto se debe a que el nuevo artículo 119 del Código Sanitario no establece nada diferente del artículo 342 del Código Penal, en cuanto ambas son normas prohibitivas, que requieren de un dolo directo de parte del actor, por lo que se admite el dolo indirecto, pues el Código Penal al utilizar la palabra “maliciosamente” se refiere a obrar por un fin ilícito y ello supone el querer directamente el resultado típico. Mientras que al practicar un aborto terapéutico indirecto, se está actuando con un dolo indirecto, pues la intención del médico no es matar al feto sino salvar la vida o salud de la mujer embarazada, pero acepta la muerte del nasciturus como una consecuencia segura e inevitable de su actuar.

En opinión de Jorge Prech, de acuerdo a lo anteriormente dicho, actualmente se entiende que lo que está realmente prohibido son las formas de aborto directo, es decir, aquellas que se utilizan como fin o como medio para poner término a la vida del feto. Por lo que estaría permitido el denominado aborto indirecto, en el cual se produce la muerte del feto

como una consecuencia necesaria e inevitable del tratamiento que se le aplica a la mujer, sin que haya intencionalidad alguna de provocar el aborto.¹⁷⁵

De esta postura se puede dejar constancia mediante dos casos expuestos por el doctor Mauricio Besio Rollero, Instructor asociado del Centro de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Chile,¹⁷⁶ casos en que se produjo un aborto terapéutico indirecto.

El primer caso se trata de una paciente de 29 años, con antecedentes de una infertilidad primaria de origen tuboperitoneal. Dos años atrás fue sometida a una microcirugía tubaria, en la cual se encontró una obstrucción tubaria bilateral, lográndose realizar una reanastomosis en ambas trompas, quedando ambas permeables. Consulta por una amenorrea de más o menos siete semanas y una prueba de embarazo positiva. Su médico le realiza una ecografía transvaginal en la cual no encuentra un saco gestacional dentro del útero, sin embargo en el anexo izquierdo lo aprecia claramente, con un embrión con actividad cardíaca visible y una biometría de acuerdo con 7 semanas de gestación, sin encontrar fluido

¹⁷⁵ Ver Prech Pizarro, Jorge E. , op. cit., pág. 509 a 525.

¹⁷⁶ Ver Besio Rollero, Mauricio, op. cit., pág. 30 a 32.

libre en el fondo de saco de Douglas. El médico tratante le indica que lo mejor para conservar esa trompa y su fertilidad, es inyectar inmediatamente metotrexate al saco gestacional mediante un trócar guiado por ultrasonido.

Un segundo caso se refiere a una paciente de 31 años, portadora de un dispositivo intrauterino desde su último parto. A pesar de él se embaraza y consulta de urgencia a las 16 semanas de gestación, por pérdida de líquido amniótico en forma evidente. Una ecografía muestra el feto vivo, un oligoamnios severo y el dispositivo intrauterino retroplacentario. Es hospitalizada. A los dos días aparece fiebre y se hace el diagnóstico de infección ovular. El médico le dice que es necesario interrumpir el embarazo por el riesgo que ella corre.

Por lo que, aplicando lo recientemente expuesto, el Código Penal Chileno no sancionaría el aborto practicado con fines terapéuticos, por ser una conducta atípica, mientras no sea utilizado como fin ni como medio para salvar la vida o salud de la madre, pues no cumpliría con el tipo subjetivo del delito de aborto, el cual exige dolo directo.

D. Legislación comparada.

Como se ha indicado en el comienzo de esta obra la problemática del aborto terapéutico ha sido superado en prácticamente todas las legislaciones del mundo, siendo algunas más permisivas que otras, pero en definitiva es en ellas, como sabemos, una excepción a la punibilidad del delito de aborto, he aquí algunos ejemplos:

En Argentina el Código Penal en su artículo 86 señala “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 se refiere al aborto profesional y a las figuras impunes que son tres: el aborto terapéutico, el eugenésico y el sentimental.

En su primer párrafo el artículo 86 legisla sobre el aborto realizado por profesionales del arte de curar, la ley dice: "...médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos...", fijando lo que la doctrina llama un delito propio o sea de los que requieren una calidad o condición en el autor. Refiriéndose a ellos, alude a quienes "...abusaren de su ciencia o arte..." para causar o cooperar con el aborto.

La segunda parte del artículo 86 se refiere a aquellos tipos de aborto que no son punibles, tratándose en todos los casos de conductas realizadas por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer, dentro de los cuales se encuentra el aborto terapéutico en su primer numeral.¹⁷⁷

En España la aprobación de la Ley Orgánica 9/85 de reforma del aborto, artículo 417 bis del Código Penal, respondió a la voluntad de

¹⁷⁷ Cladem, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, en "Informe Nacional de Argentina sobre Aborto", [en línea] [http://www.cladem.org/espanol/nacionales/argentina/informe_aborto.asp], 2002.

cumplimiento por parte del Gobierno Socialista de su oferta en el programa electoral. Este incluía como uno de sus puntos más relevantes, dentro de su compromiso de cambio para modernizar la sociedad, la modificación del Código Penal, despenalizando el aborto. Así, existe por primera vez en España una Ley de Interrupción Voluntaria del embarazo, si exceptuamos la Ley en la Generalitat de Catalunya durante el período de la II Segunda República (Diciembre de 1936, en plena Guerra Civil Española).

El artículo 417 bis del Código penal quedó redactado de una manera relativamente extensa de la siguiente manera:

1. No será punible el aborto practicado por un médico o médica bajo su dirección, en centros o establecimientos sanitarios público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud o física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

1.2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

1.3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las 22 semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimientos sanitarios, públicos o privados, acreditados al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitidos los dictámenes médicos exigidos.¹⁷⁸

En el caso peruano podemos observar una pequeña norma que autoriza la práctica del aborto terapéutico, señalando el artículo 119 de su Código Penal "No es punible el aborto practicado por un médico con el

¹⁷⁸ Aborto e Interrupción voluntaria del embarazo, Ordenamiento Jurídico Español, "La Legalidad contra la legitimidad", [en línea], [<http://members.tripod.com/~hispanidad/vida/aborto5.html>.], sin año.

consentimiento de una mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente". Aquí el aborto terapéutico exige dos requisitos:

1- El aborto debe ser practicado por un médico.

2- Consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal si lo tuviera.

Por lo que en este caso el aborto terapéutico, es un hecho típico, antijurídico y el sujeto culpable, sin embargo el ordenamiento jurídico peruano no sanciona ni a la gestante ni al médico que practica el aborto definido en este precepto.¹⁷⁹

Costa Rica también tiene una norma de poca extensión en que permite el aborto terapéutico, es así como el Código Penal en su artículo 121 indica “No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar

¹⁷⁹ Pilco Espinoza, Edwin, “Delitos contra el cuerpo y la salud”, [en línea], [<http://www.monografias.com/trabajos10/cusa/cusa.shtml>], sin año.

un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.”, en este caso se tolera la interrupción del embarazo o la muerte del feto, como una situación completamente no delictiva en el caso del médico, y como causa de ausencia de culpabilidad, en el caso de la madre.¹⁸⁰

En el caso Uruguayo el artículo 328 del Código Penal establece el aborto terapéutico dentro de las atenuantes y eximentes del delito de aborto señalando en su numeral tercero “Si el aborto se cometiere sin consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento o para salvar su vida, será eximido de pena.”¹⁸¹

Como se puede apreciar hay legislaciones que son mucho más permisivas en relación al aborto, y no sólo respecto al terapéutico, el cual

¹⁸⁰ González Solano, Gustavo. El derecho "a no nacer" en el sistema jurídico costarricense. *Med. leg. Costa Rica*. [online]. sep. 2002, vol.19, no.2, p.45-52. <http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1409-0015.

¹⁸¹ Cladem, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, “Uruguay y la ley sobre el aborto avances y parálisis”, [en línea], [<http://www.cladem.org/espanol/nacionales/uruguay/uyarticuloavances1.asp>], 2005.

sólo pasa a ser un caso más de autorización para su práctica, puesto que también encontramos casos tales como la indicación eugenésica.

E. Proyectos de ley despenalizadores.

A la fecha sólo se ha presentado a la Cámara de Diputados un proyecto, el que fuera patrocinado por los Diputados Letelier, Montes, Smok, Arancibia y la Diputada Adriana Muñoz, todos los cuales pertenecen a la Concertación de Partidos por la Democracia. Dicho proyecto fue presentado en septiembre de 1991 y tuvo por objeto restablecer el aborto terapéutico, tal cual como lo establecía el artículo 119 del Código Sanitario, el que rigiera hasta su derogación en septiembre de 1989. Este proyecto se basó en que el momento político en que se circunscribe su derogación responde a la necesidad que tuvieron los personeros del gobierno de la época de implementar un modelo ideológico, el cual estaba influenciado por las ideas de la Iglesia Católica.

El proyecto se fundamentó en distintos puntos. Unos de los centrales fue la constatación que hacen los parlamentarios de las graves

consecuencias psicosociales que, implica para los hijos y la familia en general, la pérdida de la vida o de la salud de la mujer, como asimismo la existencia de patologías tales como la rotura amniótica, infección del huevo o la sepsis materna, embarazo ectópico, etc.

Los parlamentarios señalaron el carácter extremadamente excepcional de la norma prohibitiva del Código Sanitario, que ubica a Chile dentro de los pocos países en el mundo donde no es legal la interrupción del embarazo ni siquiera para salvar la vida materna. Este proyecto quedó detenido, y nunca más se ha vuelto a presentar otro semejante.

Por otra parte, el Foro de Salud y Derechos Reproductivos, una red de organizaciones no gubernamentales, elaboró, durante 1994 y 1995, un proyecto de ley basado en el modelo español pero que incluyó además dos indicaciones: el incesto y VIH-SIDA. Sin embargo, no hubo ningún parlamentario que quisiera patrocinar este proyecto, razón por la cual éste ni siquiera fue presentado al Parlamento¹⁸².

¹⁸² Casas B., Lidia, "Mujeres Procesadas por aborto", Foro de Salud y Derechos Reproductivos, Santiago, 1996, s. num.

CAPÍTULO V

CONCLUSIÓN

Después de haber terminado este recorrido acerca del aborto terapéutico puedo concluir que:

No es un tema para nada fácil de abordar, puesto que no sólo involucra la concepción jurídica que se tenga respecto de la vida, sino también la concepción valorica de la misma, siendo esta última, en lo personal, la más importante, porque en definitiva son los valores imperantes en una sociedad los que deben marcar la pauta al legislador, el cual no puede ir en contra de lo que el común de los ciudadanos considera intrínsecamente bueno o malo, pues de otro modo no cumpliría con su función representativa. Es por ello que, desde mi perspectiva, considero que el aborto terapéutico es totalmente necesario en una sociedad que se precia de moderna, pues el derecho debe estar presente para solucionar conflictos de hecho, que se dan en la realidad de una comunidad humana compleja, y no para causar más controversias, especialmente si estas son de derecho.

Por lo que al permitir el aborto terapéutico en nuestro país bajo reglas expresas y bien definidas- de un modo tal que la interpretación de la norma sea mínima-, no solamente permitiría actualizarnos en esta materia sino que, por sobre todo, se evitarían situaciones abusivas en que alegando la indicación terapéutica se llegase a practicar abortos por el solo arbitrio de la mujer con un embarazo no deseado, además daríamos fin a una discusión que sólo ha servido para atentar contra la certeza jurídica, ya que las normas actuales que hay al respecto dejan mucho a la labor de los interpretes, los cuales pueden llegar a conclusiones muy dispares e incluso actuar, en su labor interpretativa, satisfaciendo ideas que carezcan de pluralismo y respondan a intereses de un determinado grupo de la sociedad.

En virtud de lo expuesto en esta obra, puedo decir, con toda certeza: que nuestra Constitución no se opone al establecimiento del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico nacional, pues de lo contrario sería desconocer la historia fidedigna de su génesis, ya que se le entregó un mandato flexible y razonable al legislador para proteger la vida del que está por nacer, y que nunca se tuvo en mente prohibir absolutamente este tipo de aborto, además consta que la idea del fallecido profesor Guzmán,

de prohibir cualquier forma de aborto, no fructificó. Además, considero que el actual artículo 119 del Código Sanitario no es más que el producto de una mala interpretación del texto constitucional, influenciada sustancialmente por ideas de índole religioso, que sólo contribuyó a generar más interpretaciones que no son del todo convincentes.

También puedo señalar que el aborto terapéutico no está del todo penado por nuestro Código Penal, aún a pesar de la prohibición del artículo 119 del Código Sanitario, pues constituye una conducta atípica, siempre y cuando se trate de un aborto terapéutico indirecto, debido a la falta del tipo subjetivo que exige un dolo directo. Es decir, el aborto que se produce como consecuencia inevitable de los tratamientos médicos que se le dan a la madre embarazada para salvar su vida o salud, no está sancionado por cuanto los facultativos no tienen la intención de dar muerte al feto, lo cual es inevitable. Además, esta postura se afirma en los casos reales que ocurren en nuestro país, y de los cuales se ha dejado constancia en esta obra.

Además, el prohibir en forma absoluta el aborto terapéutico me parece irracional, puesto que significa que se atentaría en contra de

derechos fundamentales de la mujer embarazada como persona, ya que su derecho a la vida o derecho a la salud serían menoscabados, por cuanto no se permitiría protegerlos ante un embarazo riesgoso, que en mi opinión, debe ser interrumpido por las nefastas consecuencias que podría traer aparejadas.

Finalmente, opino que el feto no se puede equiparar a una persona nacida, debido a que no está inserto en la sociedad y expuesto a las mismas cargas y riesgos que estas últimas. Así, tampoco puede tener los mismos beneficios de parte de la sociedad, pues de otra manera se atentaría contra el principio de igualdad. No obstante lo anterior, el legislador debe otorgarle la adecuada protección al feto en cuanto es un ser humano en formación, y que tiene todo el potencial para llegar a ser un miembro de nuestra sociedad. Por ello, el legislador debe ser bastante cauto al momento de contemplar las causales para autorizar un aborto terapéutico, pues de lo contrario de la suerte de países como España podríamos sufrir, ya que los datos muestran que en dicho país, en la práctica, el aborto se transformó en libre invocando el supuesto peligro para la salud síquica de la madre, y que los médicos abortistas certifican muy fácilmente haciendo del aborto un

negocio lucrativo¹⁸³, cosa que no podemos permitir tratándose de un asunto especialmente sensible por los valores que hay en juego.

¹⁸³ Ver Barra, Rodolfo Carlos, op. cit., pág. 2. Las estadísticas demuestran que, en España, el 97% de los casos de aborto se practican invocando el peligro para la salud síquica de la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

-20° Juzgado Civil de Santiago, en nulidad de derecho público, sentencia de 30/06/04, en causa rol: 5839-2004.

-Aborto e Interrupción voluntaria del embarazo, Ordenamiento Jurídico Español, “La Legalidad contra la legitimidad”, [en línea], [<http://members.tripod.com/~hispanidad/vida/aborto5.html>].

-Apuntes Curso de Derecho Penal II del año 2001, de la Cátedra impartida por el profesor Antonio Bascuñan Rodríguez.

-Apuntes Curso de Derecho Penal II del año 2001, de la Cátedra impartida por el profesor Vivian Bullemore G.

-Barra, Rodolfo Carlos, “Estatuto Jurídico del Embrión Humano”, en III Encuentro de Políticos y Legisladores de América, Buenos Aires, Argentina, 3-5 de Agosto de 1999.

-Bascuñan Rodríguez, Antonio, “Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana”, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 2000.

-Besio Rollero, Mauricio, en Boletín Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, “Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico”, Santiago, 1998.

-Bustos Ramírez, Juan, “Simposio: Penalización o despenalización del aborto”, en Revista de la Academia de Derecho, N°2, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993.

-Carrasco Delgado, Sergio, “Estudios Constitucionales”, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Centro de Estudios Constitucionales, Talca, 2003

-Casas B., Lidia. “La Despenalización del Aborto”. Revista de la Academia de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, N°2, 1993.

-Casas B., Lidia, “Mujeres Procesadas por aborto”, Foro de Salud y Derechos Reproductivos, Santiago, 1996.

-Cea Egaña, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002.

-Cladem, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, [<http://www.cladem.org>].

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

-Corral Talciani, Hernán, Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, Santiago, 1992.

-Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de “Monje con Isapre Promepart”, en Rol:364-89-P, de 29/09/89.

-Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia recurso de protección, en rol:5844-91, de 04/11/91.

-Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia recurso de protección, Rol: 805-2001, de 28/05/01.

- Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de segunda instancia de 10/12/2004, Rol: 6955-2004.

-Corte Suprema, en fallo de 30 de Agosto de 2001, en causa rol: 2186-2001, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. XCVIII, Tomo 2, Editorial Jurídica, Santiago, 2001.

-Corte Suprema, en sentencia de 28 de Noviembre de 2005, en causa Rol: 1039-2005.

-Declaración de Oslo de la Asociación Médica sobre el Aborto Terapéutico, adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial Oslo, Noruega, en agosto de 1970 y enmendada por la 35ª Asamblea de Venecia, Italia, en octubre de 1983.

-Díez Ripollés, José Luis, “Comentarios a la Legislación Penal”, Tomo IX, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

-Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Tomo III, 3ª edición, Santiago, 1998.

- Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

-Fermendois Vöhringer, Arturo, “La píldora del día después: aspectos normativos”, Centro de Estudios Públicos PUC, Santiago, 2004.

-González Solano, Gustavo. El derecho "a no nacer" en el Sistema Jurídico Costarricense. *Med. leg. Costa Rica*. [online]. sep. 2002, vol.19, no.2, p.45-52.[en línea] [<http://www.scielo.sa.cr>].

-Hooft, Pedro Federico, “Bioética y Derechos Humanos, Temas y Casos”, Ediciones De Palma, Buenos Aires,1999.

-Huerta Tocildo S. , “Criterios para la reforma del delito de aborto”, en Notas legislativas preparadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, s. impr., Madrid, s.a.

-Juan Pablo II, en Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de marzo de 1995.

-Laurenzo Copello, “Patricia, Comentarios al Código Penal”, parte especial I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

-Mackie J.L. , “Ética, la invención de lo bueno y lo malo” , Editorial Gedisa, Barcelona, 2000.

-Messina de Estrella Gutiérrez , Graciela, “Bioderecho”, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.

-Mohor, Salvador, "Reflexiones en torno a la prohibición del aborto en Chile", XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1989.

-Monreal, T. , “Evolución histórica del aborto provocado en Chile”, Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres, Hablemos del Aborto Terapéutico. Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, Santiago,1993.

-Navarro Beltrán, Enrique, “La vida del no nacido y los atentados contra ella: ¿admite el derecho chileno algún tipo de Aborto?”, artículo sin publicar, Santiago, 2002.

-Pacheco Escobedo, Alberto, “La Persona en el Derecho Civil Mexicano”, Editorial Panorama, México, D.F., 1992.

-Pilco Espinoza, Edwin, “Delitos contra el cuerpo y la salud”, [en línea], [<http://www.monografias.com/trabajos10/cusa/cusa.shtml>], sin año.

-Prech Pizarro, Jorge E., “Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”. Revista Chilena de Derecho, vol. XIX, N°3, Santiago, 1992.

-República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, 1977.

-República de Chile, Historia Fidedigna de Ley 18.826.

-República de Chile, Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de La República, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, 1981

-Sanhuesa Moreno, Juana, “Tratamiento del aborto terapéutico”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Vol. LVIII. N°87, Concepción, 2000.

-Sgreccia, Elio, “Manual de bioética”, Editorial Diana, México D.F., 1996.

- Silva Bascuñan, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

-Soto Kloss, Eduardo, “El derecho a la vida y la noción de personas en la Constitución, Revista de Derecho y Jurisprudencia”, Tomo LXXXVIII-Nº3, Sección 1ª, Santiago, 1991.

-Stith, Richard, “¿El embrión como persona? El aporte fundamental del derecho”, en “La Bioética, un reto del tercer milenio”, 2º Simposium Universitario, primera edición, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), México D.F., 2002.

-Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 13 de Agosto de 1995, por requerimiento de constitucionalidad respecto de los artículos 7º, 10 y 11 del proyecto de ley sobre trasplantes de órganos, aprobado por el Congreso Nacional, Rol: 220, considerando 6º.

-Ventura Junca, Patricio, Director del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Chile, en opinión sobre el aborto terapéutico, en reportaje elaborado por Loreto Aravena y Fernando Bianchi, en Revista Qué Pasa, Editorial Copesa, en edición de 26 de abril de 2002.

-Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, “Derecho Constitucional”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

-Vivanco Martínez, Angela, “Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe: La Situación de la Legislación Relativa al Genóma Humano en Chile”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

-Vivanco, Ángela y Besio Rollero, Mauricio, “Aborto terapéutico, consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia Católica”, Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Bioética, Departamento de Ginecología y Obstetricia, Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, s.impr., Santiago, 2002.

-Warren, Mary Ann, Kushe, Helga y Singer, Peter, “A companion to Bioethics”, Part IV, Blackwell Publishers, London, 1998.

