



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

“EL ABORTO TERAPÉUTICO Y SU REGULACIÓN EN CHILE:
Derecho comparado y evolución histórica”

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumnos: OSCAR EMILIO INOSTROZA SMITH
CLAUDIO ANDRÉS QUEZADA CARREÑO
Profesor Guía: DR. JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Santiago, Chile

2012

INDICE

	Página
INDICE.....	2
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: “ABORTO TERAPÉUTICO”	
1.- Introducción.....	8
1.1.- Concepto médico y jurídico de aborto.....	14
1.2.- El Aborto Terapéutico.....	18
2.- Visión del Colegio Médico de Chile frente al aborto.....	21
2.1.- Regulación según Colegio Médico de Chile.....	21
2.2.- El Aborto Terapéutico un dilema caso a caso.....	27
3.- Sumario.....	30
CAPÍTULO II: “PANORAMA EN EL DERECHO COMPARADO”	
1.- Introducción.....	33
2.- Sistemas de Regulación.....	34
2.1.- Sistema de silencio legislativo.....	34
2.2.- Sistema de indicaciones.....	35
2.2.1.- Indicación eugenésica.....	35
2.2.2.- Indicación ética o sentimental o criminológica.....	36
2.2.3.- Indicación económica o social.....	36
2.2.4.- Indicación terapéutica.....	36
2.2.4.1.- Indicación terapéutica sin plazo.....	36
2.2.4.2.- Indicación terapéutica con plazo.....	36
2.3.- El aborto terapéutico en el sistema de plazos.....	36

3.- Legislaciones en particular y sus respectivos sistemas.....	37
3.1.- El aborto terapéutico en los países que adhieren al sistema de silencio legislativo.....	38
3.1.1.- El Salvador.....	38
3.1.2.- Honduras.....	40
3.1.3.- Nicaragua.....	41
3.2.- El aborto terapéutico en los países que adhieren al sistema de Indicaciones.....	43
3.2.1.- Argentina.....	44
3.2.2.- Brasil.....	46
3.2.3.- Colombia.....	47
3.2.4.- Perú.....	49
3.3.- El aborto terapéutico en los países que adhieren al sistema de plazos.....	51
3.3.1.- Alemania.....	52
3.3.2.- Francia.....	53
3.3.3.- Italia.....	54
3.3.4.- Reino Unido.....	55
4.- El caso de España y Estados Unidos.....	56
4.1.- España.....	56
4.1.1.- Ley Orgánica 9/1985.....	57
4.1.2.- Ley Orgánica 2/2010.....	65
4.1.3.- Fundamento de la Ley Orgánica 2/2010.....	78
4.1.4.- Aplicación de la ley.....	83
4.2.- Estados Unidos.....	86
4.2.1.- Situación previa a Roe vs. Wade.....	87
4.2.2.- Roe vs. Wade.....	92
4.2.3.- Situación del aborto después de Roe vs. Wade.....	101
4.2.4.- Sumario.....	113

CAPÍTULO III: “EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL APLICADO AL ABORTO TERAPÉUTICO EN CHILE”

1.- Legislación chilena y del aborto anterior al Código Penal de 1874.....	116
2.- Regulación del aborto durante la vigencia del Código Penal de 1874.....	119
2.1.- Discusión del aborto en la Comisión Redactora de 1870.....	119
2.2.- Publicación DFL 226 de 1931 y DFL 725 de 1967.....	126
2.2.1.- El aborto y su regulación sanitaria con el DFL N° 226....	126
2.2.2.- El actual Código Sanitario.....	129
3.- Aplicación de la Ley 18.826 que modifica el artículo 119 del Código Sanitario y concordancia con la Constitución Política de 1980.....	134
3.1.- Relación de la Ley N° 18.826 con la Constitución de 1980.....	134
3.2.- Historia fidedigna de la Ley N° 18.826.....	137
3.3.- Análisis doctrinario constitucionalista y penalista respecto a la aplicación de la Ley N° 18.826 en relación con el Código Penal y el Código Sanitario.....	145
3.4.- El nuevo tipo penal de femicidio y su relación con el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal en el aborto.....	150
4.- Sumario.....	153

CAPÍTULO IV: “PROYECTOS DE REGULACIÓN”

1.- Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal.....	157
1.1.- El aborto en el Anteproyecto.....	157
1.2.- El aborto terapéutico en el Anteproyecto.....	160
1.3.- Críticas a la regulación del aborto en el Anteproyecto.....	162
2.- Proyectos de Ley.....	165
2.1.- Introducción.....	165
2.2.- Proyectos que aumentan penalización.....	168

2.2.1.- Boletín N° 1302-07.....	168
2.2.2.- Boletín N° 2978-07.....	169
2.2.3.- Boletín N° 3351-07.....	170
2.2.4.- Boletín N° 3449-11.....	171
2.2.5.- Boletín N° 4121-07.....	171
2.2.6.- Boletín N° 4122-07.....	172
2.2.7.- Boletín N° 4447-11.....	172
2.2.8.- Otros proyectos.....	173
2.3.- Proyectos despenalizadores.....	174
2.3.1.- Boletín N° 499-07.....	174
2.3.2.- Boletín N° 3197-11.....	175
2.3.3.- El proyecto fallido de los diputados Alinco y Enríquez- Ominami.....	176
2.3.4.- Boletín N° 6420-11.....	180
2.3.5.- Proyectos recientemente tramitados.....	181
CONCLUSIONES.....	185
BIBLIOGRAFÍA.....	196

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo fundamental el presentarle al lector una serie de antecedentes con respecto al aborto terapéutico, ya sean históricos, sociales y por cierto, legales, tanto de derecho comparado como de nuestra legislación nacional; de manera que se pueda hacer una evaluación o reflexión con respecto al modo en que se regula el tema ya que consideramos es un tópico de alta sensibilidad tanto por aparentar estar al límite de lo éticamente permitido para la medicina, así como porque no se puede desconocer que el embarazo es un período especial para todas las mujeres, y por lo mismo, el interrumpirlo genera ciertos juicios de valor y legales por los derechos que están en juego al momento de practicar esta maniobra.

Iniciaremos el tema abordando el concepto de aborto en general, ya sea desde la perspectiva médica así como de la legal, donde presentaremos las diferentes posturas con respecto al origen de la vida humana, se analizarán los diferentes tipos de abortos, para luego centrarnos en el aborto terapéutico y como aborda el tema el Colegio Médico de Chile como órgano encargado de marcar los límites éticos entre los profesionales de la salud.

En nuestro segundo capítulo haremos una revisión detallada respecto a los diferentes Sistemas de Regulación del aborto, ya sean los sistemas de Indicaciones, de Plazos o de Silencio Legislativo, como el caso de nuestro país. Una vez conceptualizado cada uno de estos sistemas, se presentarán diversos países que adhieren a cada uno ellos, presentando y haciendo un breve análisis a sus respectivas legislaciones nacionales; para terminar centrándonos en el caso de España y Estados Unidos, que nos parecen de especial interés. El primero de ellos debe analizarse por su moderna visión al respecto ya que su regulación data del año 2010 y, el segundo, porque es un precursor a nivel mundial con respecto al modo de regular el aborto ya que fue de los primeros países que admitió normas permisivas del aborto amparadas por su propia Constitución.

El tercer capítulo presentará la evolución histórica nacional por la que hemos atravesado desde nuestros orígenes como República hasta nuestros días, haciendo especial énfasis en la forma como se ha regulado el aborto terapéutico. En este sentido no podemos dejar de mencionar el trabajo de la Comisión encargada de crear el Código Penal y, la regulación que generan nuestros Códigos Sanitarios de 1931 y 1967. Al mismo tiempo nos parece importante el detenernos en los planteamientos fundacionales de la Constitución Política de 1980 que indefectiblemente repercutieron en la posterior publicación de la Ley N° 18.826 que intentará establecer una prohibición del aborto terapéutico en nuestro país.

Finalmente haremos una revisión futura de nuestra legislación en torno al aborto; por una parte, presentaremos el trabajo del “Foro Penal” que en 1999 ha dado los primeros pasos para un “Anteproyecto de Código Penal” que vendría a remplazar nuestro añoso Código vigente desde el año 1875; pero al mismo tiempo revisaremos todos los proyectos de regulación presentados al Congreso como Proyectos de Ley desde el año 1991 a la fecha donde nos parece interesante destacar su incapacidad de prosperar, tanto aquellos que buscan la despenalización del aborto, como aquellos que piden endurecer aun más sus penas, dejando de manifiesto la exigua capacidad de discusión entre sus miembros o su falta de voluntad política para modernizar nuestra legislación al respecto.

CAPÍTULO I

ABORTO TERAPÉUTICO

1. INTRODUCCIÓN

La vida ha sido a lo largo de la historia fuente de múltiples análisis, tanto desde un punto de vista biológico, pasando por el filosófico, el social y por cierto, el jurídico. Sin embargo en la actualidad aún existen ciertas dudas que no son posibles resolver con la exactitud que quisiera un científico o el más reconocido de los pensadores.

Es por ello que en el presente apartado presentaremos los conocimientos que han sido demostrados con certeza biológica, para luego introducirnos en aquellos aspectos de la vida o del aborto –con especial referencia al aborto terapéutico– que son fuente de especulaciones y que traen consigo los diferentes puntos de vista éticos, morales, políticos, filosóficos o legales al respecto.

Cada una de las mujeres desde su nacimiento trae consigo alrededor de dos millones de ovocitos¹ los que irán madurando a medida que la mujer experimenta cada uno de sus ciclos menstruales, llegando a reducirse a unos 10.000 óvulos desde la pubertad². De esta manera y gracias a la acción de la hormona folículo estimulante, se produce al interior del ovario (gónada femenina) la maduración de cada ovocito. Este último, una vez maduro será expulsado por la acción de la hormona luteinizante hacia las Trompas de Falopio donde es capturado y se encontrará a la espera del espermatozoide para ser fecundado.

Por su parte los espermatozoides se forman en los testículos (gónadas masculinas) de los hombres a partir del período conocido como pubertad, este se comienza a gestionar desde los doce ó catorce años (un poco más tardío que la menarquia o

¹ Según DICCIONARIO MÉDICO, debe entenderse también como óvulos o elemento reproductor femenino formado y contenido en el ovario del cual, después de fecundado, se desarrolla el embrión.

² ENCICLOPEDIA DE LA VIDA (I). Sao Paulo. Brasil. Editorial Abril S.A. 1973. pp. 15 – 18.

primera menstruación femenina) aproximadamente luego de la acción de la hormona folículo estimulante y de la hormona luteinizante, esta última estimula la liberación de testosterona causante de la maduración de los espermatozoides.

Posteriormente, durante el proceso de inseminación, es decir aquel proceso que se produce una vez efectuada la eyaculación, se introducen mezclado en el semen alrededor de 300.000.000 de espermatozoides sobre la región superior de la vagina, desde este lugar son trasladados por contracciones musculares del tracto reproductor femenino hacia el útero y desde allí a las Trompas de Falopio. Al llegar el espermatozoide al óvulo –aproximadamente 24 horas desde la relación sexual-, el gameto masculino atraviesa la zona pelúcida o corona radiante que es la capa externa del óvulo y se produce la fusión de núcleos, en ese mismo momento y por acción de hormonas se produce un cierre al paso de más espermatozoides.

Unidos ambos gametos, apenas treinta minutos después del contacto entre el espermatozoide y el óvulo, comenzará su camino hacia la maduración³, que actualmente se entiende como “fecundación”,⁴ esto comienza con la duplicación de su ADN y al fusionarse ambos gametos pierden su membrana envolvente, por lo que se combinan sus cromosomas, haciéndose una célula diploide de 46 cromosomas. Desde este momento tenemos un óvulo fecundado o también conocido como cigoto.

El huevo o cigoto, tiene autonomía genética y potencialidad propia, ya que si bien es cierto se desarrolla dentro del cuerpo de la madre, su crecimiento se hará en base a su propio programa genético. A continuación esta célula se dividirá en dos, llamándose ahora embrión. En las cuarenta y ocho horas siguientes este embrión, volverá a desarrollar nuevas células (16 a 20) es entonces cuando estamos en presencia del embrión en estado de mórula, ésta se desplazará por las Trompas de Falopio durante cuatro a seis días posteriores a la fecundación, para luego caer al útero.

Una vez que el embrión se encuentra en estado de blastocito, es decir tomando la forma de una pequeña esfera llena de líquido, del que extrae su propia alimentación,

³ NASON, ALVIN. “Biología”. México. D.F. Editorial Limusa - Winley S.A. 1970. pp. 650 – 652.

⁴ SADLER, T. W. “Embriología médica”. Carolina del Norte, Estados Unidos de América. Editorial Panamericana. 2001. pp. 36 – 39.

(32 células) empieza a fijarse en las paredes del útero, tardando aproximadamente toda otra semana, en producirse la implantación o anidación en el útero mismo. Será sólo después de la sexta a octava semana que nos podremos referir a esta unión de células como un feto⁵.

Ahora que ya hemos presentado, los conocimientos científicamente afianzados en torno a la fecundación, al embarazo y con ello, al origen de la vida. Cabe preguntarse ¿Desde qué momento nuestra legislación ampara la protección del *nasciturus*⁶ o feto?

La importancia de resolver esta interrogante basal se encuentra en que su respuesta nos permitirá crear una legislación adecuada, que logre el justo equilibrio que se produce cuando una misma protección de derecho, en este caso el “Derecho a la vida” se contrapone en dos individuos que deben ser igualmente amparados por la Constitución Política de la República en su artículo 19 n° 1.

Por un lado tenemos el “Derecho a la vida del que está por nacer” o vida dependiente, es decir, aquella forma de vida humana que aún no goza de autonomía y que sólo puede desarrollarse al interior del útero materno. Pero al mismo tiempo se encuentra afectada, como ya veremos en extenso, la vida de la madre –elemento de alta importancia especialmente cuando analicemos el aborto terapéutico– puesto que el tener a esta potencial nueva vida, o efectivamente vida, genera una amplia gama de posibles complicaciones a nivel biológico (detención del crecimiento –si es adolescente–, desórdenes hormonales, depresión del sistema inmune, estreñimiento, anemia, náuseas, entre otros); y también psicológico (depresión, desórdenes alimenticios y, rechazo al feto destacan entre los más frecuentes).

Sin otros preámbulos, detallaremos las variadas teorías que nos ofrece la doctrina jurídica para determinar este problema del inicio de la protección legal, quienes, basados en los hechos biológicos presentados inicialmente, entregan sus respuestas para regular el tema:

⁵ SADLER, T. W. op. cit. pp. 81 – 84.

⁶ Considérese como “vida del que está por nacer”.

a) Teoría de la Concepción o Fecundación o De la Formación del Genotipo:

Como sustentan, minoritariamente en la doctrina actual, autores como Labatut⁷, o el mismo Alfredo Etcheberry⁸. Se entiende que la protección penal comienza cuando el espermio entra por la membrana del óvulo. Esto trae como consecuencia jurídica, que con posterioridad a la relación sexual y se entienda fecundado el óvulo, se aplique esta protección, sin embargo no se cuenta con la real certeza jurídica que el embarazo comenzó a gestarse en el vientre materno, pues es perfectamente posible que ningún espermatozoide haya llegado hasta un óvulo para comenzar con la maduración respectiva.

b) Teoría de la Anidación: La mayoría de la doctrina penal contemporánea, a la que pertenecen Mario Garrido Montt⁹, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, Cecilia Ramírez¹⁰, Gonzalo Figueroa Yáñez¹¹, José Bustos¹², la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología (FIGO)¹³ e incluso la misma Organización Mundial de la

⁷ LABATUT GLENA, GUSTAVO. "Derecho Penal. Parte Especial" (II). 7ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1983. p. 126. "(...) aborto es la destrucción del producto de la concepción en cualquiera etapa de la vida intrauterina (...)".

⁸ ETCHEBERRY, ALFREDO. "Derecho Penal. Parte Especial" (III). 2ª Edición. Santiago, Chile. Editor Carlos Gibbs A. 1965. p. 90. "(...) para los efectos jurídico-penales, la calidad de "feto" comienza en el instante de la concepción (...). Mientras dura la calidad de "feto", se puede ser sujeto pasivo de aborto."

⁹ GARRIDO MONTT, MARIO. "Derecho Penal. Parte Especial" (III). 2ª Edición. Santiago, Chile. 2001. p. 98 – 99. "En nuestro país tradicionalmente se ha considerado que la protección debe regir desde la inseminación del óvulo (...). La doctrina en la actualidad, mayoritariamente, se inclina por determinar que la protección penal procede desde la anidación del óvulo fecundado (...) y agrega "(...) el óvulo inseminado puede constituir un principio de vida humana únicamente cuando se ha anidado en la matriz, y no antes, porque fuera de la matriz es posible que se conserve, pero no está en condiciones de evolucionar para alcanzar la calidad de feto".

¹⁰ POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. "Lecciones de derecho penal chileno Parte Especial". 2ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 90 – 91. "Esa tutela (del nasciturus) no comienza todavía con la fecundación (...) ya que esas células no poseen aun una función orgánica y son sólo potenciales de una ulterior transformación (el llamado período germinal). Sólo cuando esas células se fijan a la membrana mucosa del útero (endometrio) puede hablarse de anidación o período embrional. Con ello se da comienzo al embarazo, (...) sólo en este momento, comienza a depender la vida del que está por nacer."

¹¹ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. "Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento". Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001. p. 126 – 127. "Todos los tipos de aborto de nuestra legislación penal presuponen una mujer embarazada, esto es, una mujer en cuyo útero se ha producido ya el fenómeno de la implantación de un embrión. (...) Es por esta razón que hemos estimado (...) que la protección penal del que "está por nacer", conforme a la literalidad de las disposiciones legales pertinentes, se inicia sólo en el momento de la implantación del embrión en las paredes del útero".

¹² BUSTOS PUECHE, JOSÉ. "El derecho civil ante el reto de la nueva genética". Editorial Dykinson. Madrid, España. 1996. Deja interpretar esta postura a lo largo de toda su obra respecto a la incapacidad de "ser una vida" una fecundación *in vitro* que no se implanta en el útero femenino. Vgr. p. 168.

¹³ En el año 2007 el Comité de Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y la Salud de las Mujeres de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) definió al embarazo como la parte del proceso de la

Salud¹⁴, señalan que la protección penal comienza desde la anidación o período embrional, es decir desde que se ha producido la unión de ambos gametos a nivel celular, y dicho óvulo fecundado, también llamado cigoto se deposita en el útero materno (aproximadamente catorce días desde la fecundación) hasta el día del parto. Es por ello que una fecundación *in Vitro* no es considerada un *nasciturus* y por ende cualquier atentado en su contra no es un aborto¹⁵, asimismo la “Pastilla del Día Después” o “Postinor I y II” no es abortiva¹⁶ a la luz de esta teoría pues actúa antes que este cigoto esté fecundado y anidado en la cavidad uterina.

c) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central o inicio de la actividad cerebral: Para quienes están a favor de esta postura¹⁷, es esencial la aparición de la cresta neural ya que será sólo ella la que permita la constitución de tejido nervioso y así los pasos siguientes que devengarán en un nuevo ser. A partir de este momento es posible marcar la línea divisoria entre lo que será un

reproducción humana que comienza con la implantación del *conceptus* en la mujer. El embarazo se inicia en el momento de la anidación y termina con el parto. La definición legal del embarazo sigue a la definición médica: para la Organización Mundial de la Salud (OMS) el embarazo comienza cuando termina la implantación, que es el proceso que comienza cuando se adhiere el blastocito a la pared del útero (unos 5 o 6 días después de la fecundación).

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “*Bulletin of the World Health Organization*”. Vol. 51. 1999.

¹⁵ En este sentido la O.M.S. al considerar la Infertilidad como enfermedad, ha presentado la Fecundación *in vitro* como una alternativa a esta necesidad de las parejas para una completa vida sexual y reproductiva <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/en/index.html>, por otro lado, entre los autores nacionales que mejor expresan los beneficios de la fecundación *in vitro* sin estar en contradicción con la moralidad o ética médica encontramos a ZEGERS-HOCHSCHILD, FERNANDO. Algunas reflexiones éticas en el uso de la tecnología reproductiva moderna para el tratamiento de la infertilidad. *Revista Médica de Clínica Las Condes*. Vol. 21 (3). 2010. pp. 469-478.

¹⁶ Al respecto, CROXATTO, HORACIO; ORTIZ, MARÍA ELENA. Mecanismo de acción del levonorgestrel en la anticoncepción de emergencia. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*. Vol. 69 (2). 2004. pp. 157-162, señalan que en la mayoría de los casos el Levonorgestrel actúa sobre la migración o vitalidad de los espermatozoides o sobre el proceso ovulatorio –retrasándolo– o sobre ambos, y de ese modo se puede prevenir la fecundación. Sin embargo es de público conocimiento que nuestra Corte Suprema el día 30 de agosto de 2001 al respecto de la venta y distribución de esta droga (Levonorgestrel), consideró que no previene la fecundación sino que la anidación, por consiguiente, debería considerarse abortiva (Causa Rol N° 2.186-2001), en el mismo sentido, años más tarde se dictó la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839-2004, de fecha 30 de junio de 2004, que declaró nula de derecho público la Resolución N° 7.224 del Instituto de Salud Pública de fecha 24 de agosto de 2001, que aprobó la distribución del fármaco “Postinor-2”. Ambas sentencias, hoy, han perdido su vigencia con la publicación de la ley N° 20.418 del 28 de enero de 2010 que “Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad” prescribiendo como derecho de cada persona el acceder y elegir cual será el método de control de natalidad que quiera aplicar en su vida sexual.

¹⁷ Véase en mayor profundidad: SOTO LAMADRID, MIGUEL. “Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea. 1990. p. 545. FARRELL, MARTÍN. “La ética del aborto y la eutanasia”. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1985. pp. 35-40. HAERING, BERNHARD. “Libertad y fidelidad en Cristo” (III). Barcelona, España. Ed. Herder. 1983. pp. 23-29.

individuo de la especie humana, de uno que nunca lo será ya que el tejido neural permite suponer el posterior desarrollo del cerebro (en vista que han aparecido los primeros rudimentos de lo que será la corteza cerebral) y con él la consiguiente “humanización” del hombre mediante su capacidad intelectual.

Esta teoría se basa en dos argumentos, por una parte, la actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrable de manera más nítida recién entre los quince a cuarenta días desde la fecundación respectiva. Es decir que sólo con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables, puede estimarse el comienzo de la vida humana. Otros autores como MARTÍNEZ son aun mucho más radicales para definir desde cuándo estamos en presencia de un individuo de la especie humana, quien señala que sólo a partir del cuarto mes de gestación, momento en que se logra detectar electroencefalográficamente la actividad de su sistema nervioso central, directamente ligada a su posibilidad de conciencia.¹⁸

Quienes cuestionan esta teoría, entre ellos SILVA SÁNCHEZ, señalan que atender esto, implicaría que aquellas personas que aun no logran ser capaces de “tener conciencia del yo”¹⁹ o de su espacio en el tiempo efectivamente gozarían de una protección jurídica, pero nada obliga a que dicha tutela deba ser mayor a la de cualquier otro ser vivo sensible pero no consciente. De este modo el feto es un ser “pre-personal”, sin personalidad ni derecho a la vida.

En el mismo sentido, se plantea que el “tener conciencia” o el emplear las facultades cerebrales de las cuales nos dota la naturaleza, permite que seamos sujetos capaces de cumplir con nuestros “deberes” sociales, sin embargo, si partimos de esta misma premisa y asumimos como titular de “derechos” a todos aquellos individuos que son capaces de tener pleno uso de sus facultades mentales se caería en el error de dejar fuera de la esfera jurídica de protección a niños, enajenados o adultos seniles²⁰.

¹⁸ MARTINEZ, STELLA MARIS. “Manipulación genética y Derecho Penal”. Editorial Universitaria. Buenos Aires, Argentina. 1994. p. 85.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 09-01. 2007. p. 9.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. op. cit. p. 10.

1.1. CONCEPTO MÉDICO Y JURÍDICO DE ABORTO

Si bien la presente investigación tiene como objeto el aborto terapéutico en particular, nos parece atinente antes de adentrarnos en su análisis, hacer una breve revisión de algunas definiciones que se han elaborado del aborto en general, aclarando eso sí, que no existe un concepto unitario para el derecho y la medicina, por lo que deben analizarse por separado.

Desde el punto de vista médico, la definición más aceptada de aborto, es la que entrega la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien señala que aborto es “*la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno*”²¹, cabe mencionar que algunos autores señalan que dicha viabilidad planteada por la OMS está fijada en las “22 semanas de gestación, momento en el cual el peso de nacimiento es de alrededor de quinientos gramos”²². Antes de esto, la interrupción del embarazo sería un aborto, y pasado dicho límite sería el nacimiento de un prematuro.

De acuerdo a la definición entregada por los obstetras Alfredo Pérez y Enrique Donoso, merece un especial estudio la clasificación que entregan, puesto que el hecho de ser espontáneo o provocado tendrá diferentes consecuencias jurídicas y penales. Cuando hablamos de “aborto espontáneo”²³ nos referimos a la interrupción del proceso reproductivo humano, antes que éste sea viable, y que ocurre por causas naturales; la mayoría de ellos antes de la tercera semana²⁴. Cabe destacar que “del 70% al 80% de las fertilizaciones termina en aborto” espontáneo o natural. Entre las causas más comunes de abortos espontáneos están: causas genéticas o cromosómicas, defectos de la implantación (problemas en la calidad del endometrio), daño por sustancias químicas o irradiación (alcohol, tabaco, níquel, etc.), entre otras múltiples posibilidades.

²¹ DIDES, CLAUDIA; BENAVENTE, CRISTINA; SÁEZ, ISABEL. “Aborto en Chile”. Programa Inclusión Social y Género. FLACSO, Chile. Santiago, Enero 2011, p. 7.

²² FAÚNDES, ANÍBAL. “El drama del aborto”. Santiago. Chile. Editorial LOM. 2007. p. 38.

²³ PÉREZ SÁNCHEZ, A., y DONOSO SIÑA, E. “Obstetricia”. Santiago. Chile. Mediterráneo. 2011. pp. 531 – 535.

²⁴ CARLSON, BRUCE M. “Embriología humana y biología del desarrollo”. 3ª Edición Madrid. España. Ed. Mosby. 2005. pp. 58 – 62.

Por otro lado si hacemos referencia a un “aborto inducido” nos referimos a la *“interrupción premeditada del embarazo antes de que el feto sea viable. Esto implica una acción en la que está presente la voluntad de la mujer embarazada y/o de la persona que lo realiza”*²⁵. Por su parte la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología (FIGO) señala que es *“la interrupción del embarazo mediante el empleo de medicamentos o intervención quirúrgica después de la implantación y antes de que el conceptus (producto de la concepción) sea viable de manera independiente”*²⁶.

Dependiendo del objetivo por el cual está siendo provocada esa interrupción podemos distinguir la siguiente clasificación:

- I. **Aborto provocado propiamente tal:** Es el aborto ilegal o criminal, en el cual el único fin es la interrupción del embarazo por razones personales de la madre o por una persona a quien la ley le prohíbe la realización de este procedimiento.
- II. **Aborto inducido legal:** Es aquella interrupción provocada del embarazo, pero que es realizado en un entorno médico, con garantías jurídicas y sanitarias²⁷. Se pueden dividir en:
 - i. **Aborto libre:** Es el realizado bajo el supuesto de que la madre tiene derecho a interrumpir el embarazo por razones personales, especialmente cuando no es deseado.
 - ii. **Aborto eugenésico:** Cuando se elimina el feto porque hay una alta probabilidad o certeza de que va a nacer con defectos importantes o no va a sobrevivir una vez que nazca.
 - iii. **Aborto terapéutico o por razones médicas:** Es el que se practica con el fin de preservar la salud o la vida de la madre en aquellos casos en que la continuación del embarazo podría incrementar a niveles críticos el riesgo de muerte materna.

²⁵ PÉREZ SÁNCHEZ, A., y DONOSO SIÑA, E. op. cit., p.546.

²⁶ SCHENKER, J.G.; CAIN, J.M. 1999. “Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women’s Health”. En FAÚNDES, ANÍBAL. op. cit. p. 42.

²⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Planificación familiar postaborto guía práctica para administradoras del programa”. Ginebra. Suiza. 1997. p. 2.

- iv. **Aborto por motivaciones mixtas:** Se realiza cuando existe la necesidad de eliminar embriones en embarazos múltiples producidos por fertilización *in vitro* o por métodos inductores de ovulación.

Cabe mencionar que, el concepto médico de aborto, es más amplio que el jurídico, puesto que no considera sus causas ni motivaciones, por lo que caben dentro de él tanto el aborto espontáneo como el provocado, cuestión que no ocurre en el ámbito jurídico, en que sólo el aborto provocado puede ser objeto de tipificación penal. Además, el concepto médico de aborto, incorpora el elemento de la viabilidad del feto, noción que para el derecho resulta irrelevante en el sujeto pasivo del delito.

Ahora bien desde el punto de vista jurídico existe un largo debate en nuestra doctrina respecto a la definición de aborto. Por un lado hay quienes consideran, siguiendo la tesis del profesor Del Río, basada en la definición dada por el diccionario a principios del siglo XX, que “lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayor parte de los casos, unos y otros coinciden”²⁸. Apoya esta postura un fallo de la Corte Suprema de 1963 que señala: “(...) como en Chile no existe texto legal alguno que altere la definición gramatical y clásica del aborto, es necesario concluir que, para que exista aborto consumado, es indispensable la expulsión prematura del producto de la concepción”²⁹.

Por otro lado, hay un sector de la doctrina que considera que lo que realmente constituye aborto es la muerte del feto y no la simple expulsión, puesto que el bien jurídico protegido es la “vida” del producto de la concepción. Por lo demás, esta posición se adecuaría más a lo dispuesto por el artículo 75 del Código Civil que dispone: “la ley protege la vida del que está por nacer”³⁰, y dejaría a salvo los casos en que se anticipa la expulsión con el objeto de acelerar el parto, sin el ánimo de provocar la muerte del producto.

²⁸ DEL RÍO, RAIMUNDO. “Derecho Penal” (III). Santiago, Chile. Editorial Nascimento. 1935-1936. p. 282.

²⁹ SENTENCIA DE CASACIÓN EN LA FORMA Y FONDO PRONUNCIADA POR LA CORTE SUPREMA EL 09 DE ABRIL DE 1963 “Pastén Vilches, Teresa”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. LX, Sección Cuarta. 1963. p. 85.

³⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. “Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas” (I). Santiago, Chile. Ediciones Encina. 1971. p. 142.

El profesor Etcheberry, siguiendo esta postura, define el aborto como “la muerte inferida al producto de la concepción que aún no es persona”³¹. Si bien esta definición se adecúa a la tesis que exige la muerte y no la expulsión del feto, ha sido bastante criticada debido a que incorpora el concepto de persona, que nos lleva necesariamente al polémico debate en torno al momento en que se inicia la existencia humana y su protección legal.

Tratando de unir ambas posturas, el profesor Labatut conceptualiza el aborto exigiendo la interrupción del embarazo como elemento objetivo del tipo, y la intención de provocar la muerte del feto como elemento subjetivo, de la siguiente forma: “interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana”³². Si bien esta definición logra resolver algunos de los puntos objetados a la primera posición, persiste el inconveniente de que no parecería estar tutelando la vida del producto de la concepción, que en definitiva es el bien jurídico protegido en el delito de aborto.

Actualmente la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en nuestro país incorporan ambos elementos, la expulsión y la muerte del feto, para definir el aborto como la “interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la madre”³³. Parece mucho más conveniente definirlo de esta forma pues quedan así a salvo los conflictos que se generan en las visiones anteriormente expuestas. Apoya esta postura un fallo de la Corte Suprema del 6 de Junio de 1955 que define el aborto como “toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue a su término natural, independientemente de que el feto se haya o no desprendido del cuerpo de la madre, siendo lo esencial que se le haya privado de vida, aunque sea dentro del seno materno”³⁴.

Para el recientemente fallecido profesor Mario Garrido Montt, “es improcedente limitar la noción del aborto a la interrupción del embarazo, porque puede haber aborto y

³¹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. op. cit. p. 64.

³² LABATUT GLENA, GUSTAVO. op. cit. pp. 126 y 127.

³³ POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. op. cit. p. 93.

³⁴ Citado en BESIO ROLLERO MAURICIO, “Aborto terapéutico: consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia Católica”. Santiago, Chile. Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile. 2008. p. 7, pie de p. 4.

el feto haber sobrevivido. El delito de aborto requiere de la destrucción o deceso del producto de la concepción; a su vez, la simple destrucción o muerte del producto de la concepción es un concepto insuficiente. Si es expulsado el embrión en forma natural, no constituye aborto su destrucción posterior; tampoco la del óvulo inseminado *in vitro* podría ser calificada de aborto³⁵. Esta postura, por su claridad y suficiencia, es la que seguiremos en adelante.

1.2. EL ABORTO TERAPÉUTICO

Habiendo ya dado luces de lo que entendemos por aborto en su sentido más amplio –tanto desde un punto de vista médico como desde el prisma jurídico–, nos avocaremos a analizar el concepto que nos concierne en la presente investigación, el aborto terapéutico.

La figura del aborto terapéutico ha sido bastante debatida en nuestro país, no sólo a nivel médico y jurídico como ya hemos analizado, sino también ético, religioso y político. Sin ir más lejos, desde la modificación del artículo 119 del Código Sanitario en 1989, hasta la fecha, se han presentado más de diez mociones parlamentarias con el objeto de incorporar en la legislación una norma que explícitamente permita la práctica de abortos de este carácter. Ninguna ha llegado a convertirse en ley. Aún así, y a pesar del extenso debate, creemos que existen ciertos elementos básicos que le dan forma al aborto terapéutico y que sirven para elaborar un concepto. Pasaremos a analizar algunas de las distintas definiciones que se han planteado al respecto.

Desde el punto de vista médico, se ha definido el aborto terapéutico como “interrupciones inducidas del embarazo en las cuales lo que se persigue finalmente es la salud de la madre en su sentido amplio. Se trata de aquellos casos en que la muerte del embrión o feto es buscada como medio para lograr la salud materna.”³⁶, o en forma más completa, como la “interrupción del embarazo antes de la viabilidad fetal con medios adecuados, con el objeto de prevenir la muerte de la mujer o de tratar una

³⁵ GARRIDO MONTT, MARIO. op. cit. p. 103.

³⁶ BESIO ROLLERO, MAURICIO. op. cit. p. 9.

enfermedad que afecta tanto al feto como a la madre, y que hace inviable la vida embrionaria o fetal”³⁷.

En el mismo sentido, Juan Pablo Beca, en ese entonces Presidente del Comité de Ética de la Sociedad Chilena de Pediatría, señala que cuando hablamos de aborto terapéutico nos referimos “al aborto inducido con la intención de proteger la salud de la embarazada cuando ésta se encuentra en grave riesgo”³⁸. Además reconoce que tiende a confundirse –erróneamente– aborto terapéutico con “aborto indirecto”, definiendo a éste último como “la pérdida fetal como consecuencia de una intervención que busca tratar una condición materna”, se trata de una secuela no deseada que es propia del tratamiento. Un ejemplo claro de este tipo de aborto sería “el caso de una madre embarazada a la cual se le detecta un cáncer avanzado; y el cancerólogo le prescribe radiaciones, sabiendo que la radiación podría determinar la viabilidad del feto”³⁹.

De acuerdo a nuestro punto de vista tanto el “aborto directo” (aquél que se practica con el objeto de poner fin a la vida del feto para salvar la de la madre) como el “aborto indirecto” (aquél que se provoca en forma involuntaria al realizarse maniobras curativas necesarias a la madre gestante) son variables del mismo “aborto terapéutico”. Se trata de una distinción con un claro trasfondo ideológico y que en definitiva no aparece recogida en ninguna de las legislaciones que regulan el tema, por tanto, y en atención al sentido de nuestra investigación, no nos parece atinente considerarla en mayor detalle, salvo con esta aclaración.

Desde el punto de vista jurídico, se prescinde del elemento de la viabilidad del feto al definir el aborto terapéutico, y se caracteriza más bien por ser aquel aborto practicado por un facultativo en circunstancias extraordinarias, cuando la vida o la salud de la madre están en serio riesgo.

El profesor Mario Garrido Montt señala que el aborto terapéutico es aquel “realizado con el consentimiento de la mujer de acuerdo a los principios médicos,

³⁷ DIDES CLAUDIA, BENAVENTE CRISTINA, SÁEZ ISABEL. op. cit. p. 9.

³⁸ BECA INFANTE, JUAN PABLO. El aborto terapéutico. *Revista Chilena de Pediatría*. Vol. 70 (1). 1999, p. 86.

³⁹ IBAÑEZ, JOSÉ MIGUEL; GORMAZ, GUSTAVO; LAVÍN, PABLO. Precisiones sobre el aborto. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*. 60 (5): 325. 1995.

cuando aparece necesario para mantener su vida que por su embarazo está en peligro, y que algunos extienden también a la conservación de su salud psíquica o física”⁴⁰.

Por su parte, el Profesor Jorge Precht lo define como aquel “que se practica cuando el embarazo está poniendo en grave peligro la vida o la salud de la madre gestante”⁴¹.

Más allá del concepto al que se adhiera, creemos que lo relevante es establecer los alcances de lo que se entenderá por aborto terapéutico, cuestión que dependerá de la forma en que la legislación lo aborde, y la interpretación que los tribunales hagan al respecto. Es así, como para algunos, interesados en restringir al máximo los casos en que sea necesaria la práctica de un aborto terapéutico⁴², éste sólo tendría como fin salvar la vida de la madre, seriamente amenazada por el embarazo, por lo que sólo procedería su práctica en los casos en que la única vía posible para evitar el deceso sea la realización de un aborto.

Otros en cambio⁴³, buscan darle una mayor amplitud a la aplicación del aborto terapéutico, y entienden que es dable su práctica no sólo cuando la vida de la madre está en peligro, sino también su salud, lo que amplía enormemente el espectro de posibilidades en que podría ser procedente un aborto terapéutico, dependiendo de si entendemos por salud simplemente la ausencia de enfermedad, o si seguimos la concepción de la Organización Mundial de la Salud, que la define como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*”⁴⁴, incorporando elementos de orden psicológico, social, y económico que harían procedente la práctica de un aborto terapéutico en una amplia gama de situaciones ajenas a lo estrictamente médico.

⁴⁰ GARRIDO MONTT, MARIO. op. cit. p. 222.

⁴¹ PRECHT PIZARRO, JORGE E. “Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”. En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 19(3): 510. 1992.

⁴² QUERALT JIMENEZ, JOAN. “Derecho Penal Español: Parte especial”. Barcelona, España. Editorial Atelier. 4^a Edición. 2002; y ETCHEBERRY, ALFREDO. op. cit., p. 103.

⁴³ GARRIDO MONTT, MARIO. op. cit. p. 97.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”. 45^a Edición. Nueva York, Estados Unidos. 2006. p. 1.

Sea como sea, son muchos los alcances que pueden darse a un concepto general de aborto terapéutico, por lo que aspectos como, quién puede practicarlo, si se requiere o no el consentimiento de la madre, o qué se entenderá por salud, deberán ser analizados a partir del tenor literal del precepto que lo consagre, o de la interpretación jurisprudencial que se le dé si es que la norma no es clara. En caso de no existir dicha norma, como es el caso chileno⁴⁵, habrá que estarse a lo que disponga la doctrina mayoritaria imperante en el momento o las resoluciones judiciales para cada caso, entendiendo que su eficacia afecta sólo a las partes y no genera un efecto *erga omnes* respecto al tema.

2. VISIÓN DEL COLEGIO MÉDICO DE CHILE FRENTE AL ABORTO

2.1. REGULACIÓN SEGÚN COLEGIO MÉDICO DE CHILE

A lo largo de su historia, el Colegio Médico de Chile ha pasado por variados escenarios y protagonismos en la esfera pública o privada de la salud, como por ejemplo en sus orígenes a fines de la década del 40, donde enarboló variadas luchas en el ámbito de políticas públicas de la salud en el país. Sin embargo desde el año 1979 mediante el Decreto Ley N° 2.757 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fue convertida a “Asociación Gremial” perdiendo toda atribución como Corporación de Derecho Público que era⁴⁶, lo que le impidió -e impide hasta el día de hoy- una verdadera tuición ética sobre el gremio más allá de sus colegiados de manera voluntaria y más importante aun el ser una verdadera voz de influencia en las autoridades de gobierno.

De igual modo, sus Códigos de Ética han sufrido variaciones, es así como el Código de Ética del Colegio Médico de Chile vigente desde el año 1983 hasta el año

⁴⁵ Como se explicará en el Capítulo II de esta investigación, Chile es de aquellos países donde predomina el “silencio legislativo”, es decir que si bien se prohíbe en forma genérica el aborto, tampoco podemos prohibir el aborto terapéutico en ciertas situaciones excepcionales donde está en riesgo la vida o la salud de la madre gestante.

⁴⁶ Recordemos que originalmente esta organización se llamaba Asociación Médica de Chile (AMECH), vigente en nuestro país desde 1931 hasta 1949, luego, con la publicación del DFL N° 9.263 de 1948 se transformó en Colegio Profesional, vigente hasta el 04 de julio de 1979.

2004; regulaba el aborto terapéutico en su artículo 26, bajo el siguiente tenor: “El aborto procede solamente cuando se cumplen las condiciones siguientes: a) se efectúe como medida terapéutica; b) la decisión sea aprobada por escrito, al menos por dos médicos escogidos por su competencia; y c) la operación sea efectuada por un médico especialista”⁴⁷. Esta regulación hace plena coherencia con el Código Sanitario de la época que exigía casi los mismos requisitos para efectuar esta maniobra.

Sin embargo, el año 2004 se aprobó un nuevo Código de Ética que suprimió dicha regulación, remplazando el citado precepto por un artículo 8 que dispone lo siguiente:

“El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico.

Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo”⁴⁸.

Por su parte el artículo 9° del citado Código viene a reforzar la idea señalando: “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna.” Esta nomenclatura es idéntica en su sentido, al actual artículo 119 del Código Sanitario.

Este nuevo Código Ético, nada dice respecto al concepto de aborto, al momento en que se entiende que inicia la vida humana, ni respecto a un eventual conflicto de interés entre la vida de la madre y del hijo, es decir, el Colegio Médico, al igual que el legislador, guardan silencio en torno al tema que nos convoca.

Aun así, connotados médicos especialistas miembros del Colegio Médico de Chile, emitieron una serie de declaraciones al respecto –luego de emblemáticos casos que aparecieron en la prensa– que permanecen publicadas en la actualidad en la página web de la asociación gremial como documentos oficiales y que nos aclaran en gran medida la postura del Colegio Médico de Chile (al menos en su fuero interno) en torno al aborto terapéutico: Está abierta la posibilidad de su ejecución.

⁴⁷ Artículo 26 del antiguo Código de Ética del Colegio Médico de Chile. Santiago, 22 de noviembre de 1983.

⁴⁸ Artículo 8, Código de Ética del Colegio Médico de Chile. Santiago, 2008.

Uno de ellos, elaborado por el Dr. Juan Luis Castro González, entonces Presidente del Colegio Médico de Chile, propone lo siguiente:

“Para el Colegio Médico, comprometido con la salud y la vida de los individuos, el aborto provocado no es aceptable, y así está claramente establecido en su Código de Ética, en consonancia también con lo sostenido por la Asociación Médica Mundial. En relación con el aborto llamado terapéutico también tiene una posición clara: esta situación *se plantea en casos individuales y debe ser resuelta, como diría un juez, en mérito de su propia circunstancia*. La intervención terapéutica se entiende como una solución frente a la necesidad de actuar en el curso de un embarazo, en circunstancias que ponen los intereses vitales de la madre (el riesgo de muerte de la madre), en conflicto con los intereses vitales de su hijo que está por nacer. Esta acción está en perfecta concordancia con el primer principio moral que se le impone al médico, que es el respeto a la vida humana. Por lo tanto, asegurar la protección de sus pacientes, en aquellas situaciones excepcionales en que existan factores objetivos que impliquen riesgos de morbilidad o mortalidad maternas, es del todo legítimo y digno de considerar para todo médico respetuoso de su ética profesional”⁴⁹.

Por su parte, el Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico de Chile elaboró una declaración en que señala lo siguiente: “Pese a los avances de la ciencia médica, que han logrado controlar situaciones patológicas que aparecían inmanejables para cautelar la vida de ambos seres y que, ahora, obedecen a otras alternativas de tratamiento, aún persisten algunas indicaciones en que, lamentablemente, no queda otra solución que proceder con la interrupción de la gestación”⁵⁰.

⁴⁹ CASTRO GONZÁLEZ, JUAN LUIS. “Aborto Provocado y Aborto Terapéutico: Dos conceptos distintos para el Colegio médico”. [en línea]. <<http://www.colegiomedico.cl/archivos/>> [consulta: 18 de abril 2011].

⁵⁰ COLEGIO MÉDICO DE CHILE. “Interrupción del embarazo como medida terapéutica en casos de gestantes con riesgo de muerte al continuar la gravidez”. [en línea]. Febrero, 2003 <<http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=252>> [consulta: 18 de abril de 2011].

Es esta misma mirada la que los convoca a ser parte de la gran mayoría de los Comités de Ética Médica, presentes en cada hospital o clínica y que asesora a los facultativos al momento de elegir algún tratamiento terapéutico que sea eventualmente cuestionable desde el punto de vista de la ética profesional, su “recomendación” no es vinculante, pero se ha entendido que haría las veces de una “peritaje” *ex ante* frente a posibles demandas contra los médicos por mal *praxis*⁵¹. Podemos añadir que la legislación que regula estos Comités, la Resolución Exenta N° 134 del Ministerio de Salud ha recogido esta postura presentada por los miembros del Colegio Médico: “La complejidad de la medicina actual, debido a los avances de la ciencia y al progreso de la tecnología diagnóstica y terapéutica, con procedimientos a veces invasivos, plantea problemas de índole moral, que se manifiestan en la práctica cotidiana del quehacer médico”⁵²

Queda clara a la luz de las publicaciones citadas, la postura del Colegio Médico en relación al aborto terapéutico, en el sentido de considerar que en ciertas ocasiones y bajo circunstancias especiales, se hace procedente interrumpir un embarazo con la finalidad de salvaguardar la salud o la vida de la madre. Por lo tanto, concluimos que el aborto terapéutico hoy en día no es un problema para los profesionales de la salud de nuestro país, quienes, aplicando todos sus conocimientos y *lex artis* entienden que en determinadas ocasiones les está permitido provocar un aborto; todo, con el único fin de resguardar la salud –en su más amplio sentido– de la madre gestante.

En cuanto a lo acertado o no de nuestra legislación sanitaria y penal, los médicos no están absolutamente de acuerdo, puesto que hay quienes consideran apropiado que la ley prohíba en forma genérica el aborto, entendiendo que los casos en que se hace necesario interrumpir un embarazo para evitar un deceso o deterioro grave en la salud de la madre no caben dentro de la expresión aborto, y corresponderían más bien a una “interrupción terapéutica del embarazo”, que no constituiría bajo ningún punto de vista un delito ni una acción éticamente reprochable “ya que el propósito de la intervención médica es remover un órgano enfermo, (...) y como consecuencia de tal

⁵¹ COUCEIRO, AZUCENA; BECA, JUAN PABLO. “Los Comités de Ética Asistencial y las repercusiones jurídicas de sus informes”. *Revista Médica de Chile*. Vol. 134 (4), abril 2006. p. 517 – 519.

⁵² MINISTERIO DE SALUD. “Resolución Exenta N°134 sobre Norma General Técnica N° 2, sobre Comités de Ética de los Servicios De Salud y Deroga D.P.I. Técnica N° 10”. Santiago, Chile. 11 de febrero de 1994. p. 2.

acto fallece el embrión. Por lo tanto, la intencionalidad va dirigida a salvaguardar la salud de la madre, y no a realizar un aborto”⁵³.

Sin embargo, y a juzgar por los artículos citados, la postura “oficial” del Colegio Médico frente a la actual legislación parece ser otra. En uno de los documentos ya mencionados, el ahora, ex Presidente del Colegio Médico Dr. Juan Luis Castro asevera que “la práctica médica se enfrenta a la necesidad de dar una respuesta a problemas individuales que constituyen dilemas éticos complejos (...). Consideramos necesario un verdadero debate ético y ojalá una respuesta colectiva que se exprese en una legislación que considere la realidad de estos aspectos médicos conflictivos”⁵⁴.

Por su parte, en el artículo elaborado por el Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico, se hace hincapié en la “conveniencia de que nuestra legislación aclare, de una vez, las disposiciones relativas a estas materias, para evitar las confusiones e indefiniciones que facilitan los dilemas y faltas de decisión que pueden, como se ha visto, generar conflictos y desastrosas consecuencias para las pacientes abocadas a este tipo de situaciones clínicas”⁵⁵.

La importancia de determinar la posición del Colegio Médico respecto al aborto terapéutico, radica en que, su visión constituiría la *lex artis* del caso, lo que a su vez tiene trascendencia para una de las interpretaciones doctrinales que tradicionalmente se ha seguido para salvar el silencio del legislador en cuanto a este tipo de aborto, basada en el artículo 10 del Código Penal, que enumera las causales de exención de responsabilidad penal, y que en su numerando décimo exime a aquel que “obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. De aquí se sigue que la interrupción de un embarazo que pone en serio riesgo la salud o vida de la madre gestante, llevada a cabo por un facultativo, podría no ser punible en la medida en que se efectúe conforme a la *lex artis*.

Más adelante analizaremos con mayor detención esta interpretación, pero cabe señalar aquí, que en las declaraciones oficiales del Colegio Médico a que tanto nos

⁵³ DIARIO EL MERCURIO. “Embarazos patológicos y matricidio” [en línea] <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={c0d5caaa-8e38-449f-9543-e6c143e54092}> [consulta: 15 de abril de 2011].

⁵⁴ CASTRO GONZÁLEZ, JUAN LUIS. op. cit.

⁵⁵ COLEGIO MÉDICO DE CHILE. op. cit.

hemos referido, se mencionan ciertas hipótesis en las que se considera que una interrupción del embarazo constituye el procedimiento adecuado y necesario a realizar por el médico tratante. Algunas de esas hipótesis son: los embarazos ectópicos, la infección ovular, los tumores de origen molar susceptibles de malignización y severas anomalías cromosómicas embrionarias, y las insuficiencias sistémicas u orgánicas desencadenadas por el embarazo, entre otras⁵⁶.

En estos casos, el Colegio Médico considera éticamente apropiado efectuar un aborto terapéutico tomando en consideración el riesgo inminente en que se encuentra la madre y la escasa viabilidad del feto. Así lo justifica el Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico:

“Es claro que, en estos casos, la intervención -cuya intención es obviamente preservar la vida de la madre- está orientada, al menos, por los principios de beneficencia, de no-maleficencia y el respeto a la autonomía de la madre. Si se vulneran los derechos del hijo que está en el seno materno, ello ocurrirá como producto de un acto proporcionado, que lo afecta indirectamente, por cuanto no fue realizado con la intención primaria de dañarlo sino que procurando un mayor bien.

Esta acción se denomina de doble efecto y éticamente se valida por el sentido de lo intentado y no de lo que escapa a la intención. La muerte fetal, en estos casos, podría ser considerada un acto directo e intencionado, sobre todo porque se sabe "*a priori*" que el riesgo materno no cesará mientras no deje de existir el feto que provoca su crisis y, por lo tanto, la interrupción se hace a sabiendas de que no le da a él posibilidades de vida. No obstante, esa apreciación no altera la convicción de muchos de que este acto constituye una elección éticamente fundamentada en el mayor valor de defender la vida de la madre frente a un hijo inviable, cuya gestación prolongada sólo concluiría con la segura e inevitable muerte de ambos"⁵⁷.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Ídem.

2.2. EL ABORTO TERAPÉUTICO, UN DILEMA CASO A CASO

A continuación presentaremos tres complejos casos que son verídicos y actuales, con ello intentamos por una parte, presentarle al lector un escenario claro respecto a la realidad en la que se deben tomar las decisiones médicas y, en segundo lugar confrontaremos la actual visión regulatoria del Colegio Médico de Chile plasmada en su Código de Ética, con la factibilidad de cumplirla o respetarla –al menos públicamente– por parte de sus colegiados permitiendo que sea cada uno quien forme sus juicios de valor respecto al estado actual de regulación al interior del Colegio Médico.

El año 2003, una joven madre de 27 años de nombre **Griselle Rojas**, esperaba a su tercer hijo, sin embargo el embarazo presentó serias complicaciones que ponían en riesgo su salud. Padecía de una patología conocida como “mola parcial”, en virtud de la cual la placenta crece desproporcionalmente ocupando gran parte del útero hasta dejar sin espacio al feto, impidiendo su crecimiento. Además, este último presentaba una anomalía conocida como “triploidia”, ocasionada cuando un ovocito es fecundado por dos espermios o cuando un espermio fecunda un ovocito con dos núcleos, dando como resultado un embrión con severas anomalías en sus tejidos y células, lo que ha llevado a los especialistas incluso a poner en duda su condición de ser humano⁵⁸. En estos casos, y de acuerdo al médico tratante Ramón Almuna, “se produce coriocarcinoma, es decir, un mal parecido al cáncer, que se ramifica a través de la sangre y puede afectar diversos tejidos”⁵⁹.

Dado el delicado estado en el que se encontraba la paciente, y su deliberada intención de practicarse un aborto terapéutico, sumado a la presión de especialistas, políticos y diversos actores de la sociedad civil, los médicos tratantes decidieron interrumpir el embarazo de Griselle. A pesar de la negativa del Ministerio de Salud. De todas formas, ni la madre ni los médicos tuvieron que enfrentar un proceso penal en su

⁵⁸ VALENZUELA, CARLOS. “Aborto: Aborto Terapéutico y Ética Científica”. [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl/archivos>> [consulta: 18 de abril 2011].

⁵⁹ DIARIO EL MERCURIO. “Colegio Médico llama al Gobierno a pronunciarse sobre aborto terapéutico”. *El Mercurio*, Santiago, Chile. 15 de enero 2003 [en línea] *El Mercurio* en Internet. <<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={09074d0e-4217-4d2d-a37b-077dc3c24372}>> [consulta: 20 de abril 2011].

contra ya que fueron favorecidos indudablemente por la regulación ética de los colegiados que imperaba en esa época.

La periodista **Paola Dragnic**, actualmente madre de un segundo hijo, vivió una situación límite en su primer embarazo en el año 2005. A la semana 16 de gestación se confirmó que tenía un embarazo triploide, una anomalía cromosómica en que el feto, en vez de 28 cromosomas, tiene 69. Esto le provocó tal desorden hormonal que su placenta se llenó de tumores cancerígenos y había riesgo de que el cáncer se expandiera. “Esto es muy grave, hay que interrumpir el embarazo cuanto antes”, le dijo su doctor, agregando que él no podía hacerlo porque había un feto vivo y nuestra legislación lo prohíbe. Y le recomendó viajar fuera de Chile.

En los días siguientes, ella y su marido buscaron en internet, hablaron con amigos y tocaron puertas buscando una forma para salvar a Paola rápidamente, porque estaba cada vez peor: “Estaba como intoxicada. Tenía alucinaciones, vomitaba todo el día, me sentía físicamente mal. Y estaba realmente muy angustiada”, señaló Paola en una entrevista posterior.

Recibió decenas de datos de médicos que podían hacerle un aborto clandestino. “Pero me dio miedo, porque mi caso era tan riesgoso, que si el procedimiento se hacía mal el cáncer podía expandirse. También estaba el riesgo de perder mi útero. Y yo quería ser madre”. Optó por reservar pasajes a Caracas, donde vive su padre y el aborto terapéutico es legal y podía hacerse en una clínica con todos los resguardos médicos. No alcanzó a partir, porque su médico tratante la llamó antes. El 23 de febrero de 2005, dos semanas después de que se corroborara el diagnóstico. “Estás muy grave; acabo de ver tu último examen de sangre y está muy alterado. Hemos tenido una junta médica para discutir tu caso. Ven de inmediato a la clínica”, le dijo.

Al llegar, la internaron de urgencia y le hicieron una seguidilla de exámenes, entre ellos una radiografía de tórax para ver si el cáncer había llegado a los pulmones. “Eso me marcó”, dice, “porque uno sabe que embarazada no debe hacerse radiografías”.

Luego le inyectaron misotrol para inducir un parto. “No me hagas parir si no voy a ser madre”, le imploró al doctor. Acto seguido la anestesiaron y se durmió. Al despertar, Paola recuerda haberse tocado el vientre, y haberse quedado así hasta que entró el médico a verla. “Me dijo que me habían sacado todo. Mis sentimientos eran confusos. Quería hacerle una pregunta, pero no me atrevía. Hasta que junté valor y le dije: ‘¿Perdí mi útero también?’. La respuesta fue ‘no’”.

Ahora, siete años después, Paola reflexiona: “Estoy viva y embarazada gracias a que me hicieron ese aborto terapéutico. Quienes creemos que debe ser legal, no somos abortistas, sino que sabemos que hay situaciones médicas extremas que justifican interrumpir un embarazo. Yo deseaba ser madre y tener ese hijo y la mayor prueba es que ahora estoy embarazada de nuevo”⁶⁰.

Claudia Pizarro es paciente del Hospital público San José. Por la legislación no puede ser intervenida de su cáncer porque hay que proteger al feto. Por los exámenes, se pudo comprobar que el feto es inviable porque viene sin cerebro (anencefalia) y cuando nazca no sobrevivirá.

Cuando cumplió sus 9 meses de embarazo, ya habían transcurrido cinco a seis meses sabiendo que tiene un cáncer en el cuello uterino que debe ser tratado de manera urgente. El tratamiento hubiera sido muy conservador en el sentido que sólo se saca una parte del útero y no hay que sacar todo el útero, pero los cánceres avanzan e incluso se aceleran por un asunto hormonal.

Los médicos le dicen ahora que tiene que esperar siete semanas más para el nacimiento (hasta las 43 semanas). Ella no quiere y es obligada a seguir esperando sin interrumpir el embarazo. Han pasado seis meses desde que ella debió haber sido tratada.

⁶⁰ REVISTA PAULA. “Aborto: los testimonios” (extracto) [en línea]. Revista Paula en Internet. 05 de febrero, 2011. <<http://www.paula.cl/blog/dossier/2011/02/05/aborto-los-testimonios/>> [consulta: 24 de mayo de 2011]

Claudia dice: “Estoy contra el tiempo. En realidad todo lo que sea ley a mí no me va a servir porque mi guagüita va a nacer y no sobrevivirá, y yo no sé en qué estado voy a estar en un tiempo más. Pero hay mujeres que están recién con un problema como el que tengo yo”⁶¹.

El día 26 de diciembre de 2010, la Corte de Apelaciones de Santiago admitió a trámite el recurso de protección⁶² que presentó Claudia Pizarro ante la negativa de realizarse un aborto terapéutico a sus 36 semanas de embarazo, ya que el feto nacerá sin cerebro y ella padece de cáncer.

Finalmente el día martes 04 de enero de 2011, Pizarro dio a luz en Santiago a una pequeñita que logró sobrevivir solamente 1 hora y 15 minutos debido a sus problemas. Su abogado Alfredo Morgado aseguró que “por intermedio de cesárea nace la hija de Claudia, la que alcanza a vivir un término cercano a una hora y cuarto”⁶³.

3. SUMARIO

El dilema respecto a la práctica del aborto ha sido fuente de variadas discusiones a lo largo de los años, específicamente porque para la ciencia jurídica de nuestro país sigue no habiendo consenso respecto a cuándo comienza la “vida humana del que está por nacer”. Todo esto, pese a que han sido muchas las personas que han planteado sus teorías y argumentos que permitirían explicar el origen de esta vida en formación.

En un escenario completamente distinto se encuentra la ciencia médica del siglo XXI que ya tiene determinado claramente cada uno de las etapas por las que atraviesa la formación de la vida humana, desde su primera fusión de células provenientes de cada gameto, pasando por la formación del cigoto, hasta llegar al crecimiento del feto.

⁶¹ CLERC, RAUL. “Caso Aborto Terapéutico Claudia Pizarro” [en línea]. El Ojo Laboral (FENPRUSS) en Internet. 10 de enero, 2011. <<http://www.elojolaboral.org/?p=625>> [consulta: 28 de mayo de 2011].

⁶² Recurso de Protección N° 8556-2010.

⁶³ DIARIO LA TERCERA. “Menos de dos horas vivió el bebé de mujer que solicitó aborto terapéutico” [en línea]. La Tercera en Internet. 04 de enero, 2011. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/01/680-335533-9-menos-de-dos-horas-vivio-el-bebe-de-mujer-que-solicito-aborto-terapeutico.shtml>> [consulta: 28 de mayo de 2011].

Estas posturas totalmente divergentes provocan hasta el día de hoy análisis errados con respecto al aborto terapéutico, a cual es su finalidad, su procedencia y mucho más complejo aun, tiende a generar un ambiente oscuro en torno a este tema que ya para nadie es desconocido o tabú. Este tipo de legislaciones –que por suerte son las minoritarias en el Mundo– hacen vista gorda a un problema que está latente en la sociedad y que el legislador no ha sido capaz de transparentar y regular de acuerdo a los nuevos tiempos.

Cuando señalamos que el aborto terapéutico es la interrupción del embarazo exclusivamente ante la presencia de enfermedades graves de la madre, en que la continuación del embarazo puede agravarla o llevarla a la muerte. Es importante establecer que en estas situaciones no se persigue la muerte del feto, sino que esto ocurre como consecuencia no deseada ni buscada del tratamiento de la madre para la enfermedad que la aqueja. Algunos ejemplos son el embarazo tubario con feto vivo y los cánceres diagnosticados durante el embarazo.

En vista de esta definición, debemos aclararle al lector que la discusión presentada en el parlamento durante el último proyecto de ley que, supuestamente regulaba el aborto terapéutico⁶⁴ tiende a generar confusión con respecto a qué se regula. En esa oportunidad el legislador confundió dicho concepto con el de aborto eugenésico, que, como ya hemos explicado no tiene relación alguna con una medida terapéutica y más bien se basa en la inviabilidad del feto una vez nacido.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Y qué piensa el Colegio Médico de todo esto? Pues bien, para la Orden el tema no le ha sido indiferente ya que su postura determina directamente cual es la *lex artis* del médico y por ende ayuda a determinar si el accionar del profesional de la salud es subsumible en el tipo penal de aborto.

El Colegio Médico de Chile regula en sus actuales Códigos de Ética la postura que debe asumir el médico en todas sus relaciones con el paciente (o “usuario” como lo llaman actualmente). En este sentido sus artículos 8 y 9 refuerzan la idea que “El

⁶⁴ Proyecto de ley presentado por la ex senadora Evelyn Matthei (UDI), hoy ministra del Trabajo, y Fulvio Rossi (PS), el cual busca regular el aborto en casos específicos. Mayores detalles en Capítulo IV de la presente investigación

respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término (...)” debe ser el eje central por el que se dirijan todas las actitudes del profesional de la salud.

Sin embargo este mandato del Código de Ética, a pesar de parecer tan claro y tan concordante con nuestra actual legislación penal en torno a la prohibición del aborto, a la luz de las declaraciones que han realizado connotados médicos y miembros de la Orden se puede hacer una nueva interpretación respecto a como se sienten “autorizados” los médicos en caso de verse enfrentados a una posible situación de aborto terapéutico. Al parecer la prohibición general que prescribe nuestro Código Penal y que reproduce claramente su Código de Ética, no es tan clara en la práctica y se justifican perfectamente bajo su *lex artis* sin caer en el tipo penal de aborto.

Finalmente creemos que deberían tener un mayor “peso legal” los Comités de Ética que funcionan al interior de cada centro de salud, pues la multiplicidad de profesionales que los conforman deberían dar plena fe que el tratamiento empleado por el médico fue el mejor para el caso en concreto, donde debería considerarse, por cierto, el aborto terapéutico por ser un tratamiento que busca resguardar la salud de la madre, pero que indefectiblemente afecta la vida o salud del feto en gestación.

CAPÍTULO II

PANORAMA EN EL DERECHO COMPARADO

1. INTRODUCCIÓN

El aborto en el mundo es abordado de múltiples formas por las distintas legislaciones, siendo considerado en algunas un derecho, y en otras, un delito. Su tratamiento va desde aquellos países que lo penalizan en forma absoluta o genérica, hasta aquellos que lo permiten con total libertad, siendo incluso garantizado su acceso por el mismo Estado a través de los servicios hospitalarios públicos en forma gratuita. Así ocurre en Europa, donde muchos países han liberalizado sus leyes relativas al aborto en el último tiempo, reconociéndolo como un derecho para las madres, e incluyéndolo, como tal, dentro de las prestaciones propias del sistema de seguridad social, cuando la mujer no cuenta con los recursos necesarios.

En Latinoamérica, por su parte, los países que permiten a las mujeres interrumpir su embarazo en forma libre y voluntaria son sólo dos, Cuba y Puerto Rico. En Cuba la mujer puede acceder a un aborto sin importar su motivación, siempre y cuando éste sea practicado por un médico en un centro de salud oficial. Además la ley exige la autorización de las autoridades sanitarias si el feto tiene más de 10 semanas de gestación. Si la madre es soltera y menor de edad, requiere el consentimiento paterno. Por su parte, Puerto Rico, al ser un Estado libre y asociado de Estados Unidos, se acoge a sus normas federales, siguiendo para estos efectos el mandato del Tribunal Supremo que impide a los estados prohibir el aborto solicitado por la madre gestante por cualquier motivo, antes de la viabilidad fetal. Profundizaremos este punto en el apartado dedicado exclusivamente al caso estadounidense.

Ahora bien, dentro de las distintas formas en que se regula el aborto en el mundo, aquellos países que lo permiten para salvar la vida de la madre o evitar un riesgo a su salud, son la gran mayoría, así lo demuestra la siguiente tabla⁶⁵:

Casos en los que se permite abortar	Porcentaje de países
Para salvar la vida de la madre	98%
Para preservar su salud física	63%
Para preservar su salud mental	62%
Violación o Incesto	43%
Daño fetal	39%
Razones sociales o económicas	33%
A petición	27%

2. SISTEMAS DE REGULACIÓN

Debemos partir señalando, que cuando se habla de aborto en sentido amplio, tradicionalmente se clasifican los diversos criterios de regulación en 3 sistemas, el de prohibición, el de indicaciones y el de plazos. Además se agrega un cuarto sistema denominado “mixto”, que más que un sistema en sí mismo, es una mezcla entre el de indicaciones y el de plazos⁶⁶.

En la presente investigación y considerando que el objetivo central de ella es el análisis en particular del aborto terapéutico, hemos decidido efectuar una clasificación distinta de los sistemas de regulación, en atención a las características singulares que presenta el tema en estudio. Pasemos a revisar entonces los sistemas de regulación en relación al aborto terapéutico.

2.1. Sistema de Silencio legislativo: Cuando el aborto es admitido en los casos en que la vida o salud de la madre se encuentran en riesgo a causa

⁶⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud”. [en línea]. Ginebra, Suiza. <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf>. [consulta: 26 de octubre de 2011].

⁶⁶ BULLEMORE G., VIVIAN R. "Curso de derecho penal" (III). 2a edición. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007, p. 48; y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR. N° 18-1998, 20/11/2007, considerando V.2.a.

del embarazo, el legislador tiende a mencionarlo expresamente, salvo en aquellos países en que existe aborto libre y voluntario, en que a la ley le resultan indiferentes las motivaciones que la mujer gestante haya tenido en cuenta al momento de interrumpir su embarazo.

La duda recae en los países en que el legislador prohíbe el aborto en todas sus formas, sin mencionar circunstancias excepcionales, ya que, a pesar del carácter genérico de la prohibición, la interrupción de un embarazo que pone en riesgo la vida o salud de la mujer encinta podría no ser punible de acuerdo a las normas generales de la legislación penal (causales de exención de responsabilidad penal) o la *lex artis* médica. Es debido a ello, que hemos preferido hablar de un sistema de silencio legislativo y no de uno de prohibición, puesto que, si bien en estos países el legislador ha restringido en forma genérica el aborto, en lo que concierne a su variable terapéutica, no queda claro, o al menos, cabe la posibilidad de cuestionarse, si es que efectivamente se encuentra prohibida su práctica.

De acuerdo al cuadro presentado más arriba, es posible advertir que en la actualidad los países que adoptan este sistema no representan más que un 2% del total. Entre ellos, y luego de derogarse en 1989 la norma del Código Sanitario que permitía la práctica de un aborto con fines terapéuticos, se encuentra Chile.

2.2. Sistema de Indicaciones: Los países que se adhieren a este sistema, prohíben el aborto en forma amplia, pero permiten su práctica en determinadas situaciones excepcionales, que por diversas razones el legislador considera suficientes para eximir de responsabilidad penal a quienes se vean involucrados en ellas. Dichas situaciones son llamadas “Indicaciones” y van variando dependiendo del criterio de cada legislación. Las más comunes son:

2.2.1. Indicación Eugénica: Aquella que permite el aborto cuando el feto presenta algún tipo de anomalía física o psíquica.

- 2.2.2. Indicación Ética, Sentimental o Criminológica:** Según la cual se permite practicar un aborto cuando el embarazo ha sido fruto de una violación sexual, una relación incestuosa o de inseminación artificial no consentida. Implica la idea de una maternidad impuesta a la fuerza.
- 2.2.3. Indicación Económica o social:** Aquella en virtud de la cual, el aborto queda libre de penalización cuando la mujer gestante se encuentra en una situación económico-familiar precaria, que se vería aún más afectada al dar a luz.
- 2.2.4. Indicación Terapéutica:** Como lo hemos señalado anteriormente, es aquella que permite la práctica de un aborto cuando está en peligro la vida o salud de la madre gestante, por causa del embarazo, entendiendo salud en un sentido amplio o restringido. Tal y como observamos en el cuadro presentado más arriba, la mayoría de las legislaciones contemplan esta indicación, sin embargo, al analizar su aplicación, es necesario plantear la siguiente distinción:
- 2.2.4.1. Indicación terapéutica sin plazo:** Como su nombre lo indica, corresponde a aquellas legislaciones que permiten la práctica de un aborto con indicación terapéutica en cualquier etapa del embarazo. Esta clasificación, suele aplicarse en los países que se rigen por un sistema mixto, es decir, que permiten la realización de un aborto bajo diversas indicaciones siempre y cuando éste se practique dentro de un determinado plazo, el que no se exige en los casos de indicación terapéutica, por considerarse una situación particularmente excepcional.
- 2.2.4.2. Indicación terapéutica con plazo:** En esta clasificación, el legislador sí establece un plazo para la práctica de un aborto terapéutico. Lo vemos en el caso de la Ley Orgánica 2/2010 de España, que a diferencia de las demás leyes liberalizadoras del aborto promulgadas en Europa en los últimos años, y de la propia norma española anterior, fija un plazo límite de 22 semanas para la interrupción del embarazo fundada en motivos terapéuticos. Ahondaremos en este punto en el apartado dedicado especialmente a la legislación española.
- 2.3. El aborto terapéutico en el sistema de plazos:** Como lo señaláramos anteriormente, uno de los sistemas que tradicionalmente suelen

mencionarse al clasificar el aborto en sentido amplio, es el sistema de plazos, adoptado en los países en que el legislador fija un límite temporal dentro del cual la mujer gestante está autorizada para realizarse un aborto libremente, cumpliendo sólo con requisitos de carácter sanitario y administrativo. El plazo varía dependiendo del criterio legislativo, pero normalmente expira en la decimosegunda semana de embarazo.

Hemos decidido no referirnos en particular a este sistema, debido a que en los países que lo adoptan, los motivos que una mujer tiene en cuenta a la hora de practicarse un aborto, no son relevantes en la medida en que se lleve a cabo dentro del plazo establecido en la ley, por lo que, aún cuando la vida o salud de la madre gestante se encuentren en riesgo a causa del embarazo en el momento de practicarse el aborto, si éste se realiza dentro del plazo permitido, no hablaremos de aborto terapéutico, sino simplemente de aborto libre y voluntario, pues lo que le da a la mujer la posibilidad de interrumpir legalmente su embarazo, es el hecho de encontrarse dentro del espacio de tiempo consagrado por el legislador, y no la situación de riesgo vital por la que atraviesa. En estos países sólo hablaremos de aborto terapéutico en los casos en que, una vez vencido el plazo legal, la mujer se encuentra en la necesidad de interrumpir su embarazo con el objeto de salvaguardar su vida o salud.

En el presente capítulo haremos revisión a la forma en que el derecho comparado ha resuelto la problemática del aborto en general y el aborto terapéutico en particular. Veremos a modo ejemplar cómo regulan la figura algunas legislaciones latinoamericanas y europeas, para luego centrarnos en el análisis de la situación de dos países, cuyo estudio nos parece relevante dada la enorme influencia que sus legislaciones históricamente han ejercido sobre la nuestra, y el carácter particular con el que abordan el tema en cuestión. Es el caso de Estados Unidos y España.

3. LEGISLACIONES EN PARTICULAR Y SUS RESPECTIVOS SISTEMAS

3.1. EL ABORTO TERAPÉUTICO EN LOS PAÍSES QUE SE ADHIEREN AL SISTEMA DE SILENCIO LEGISLATIVO

En el mundo, son sólo un 2% los países que no permiten el aborto bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en los casos en que la vida de la madre está en riesgo a causa del embarazo. De éstos, varios son latinoamericanos. Veamos a continuación la situación de algunos de ellos.

3.1.1. EL SALVADOR

El Salvador es uno de los países que con mayor dureza sanciona el aborto, condenando tanto a los facultativos que intervengan en su práctica, como a las mujeres que lo soliciten, a penas que van desde los 2 a los 8 años de cárcel, pero que en la práctica se han visto ampliadas a los 30 años, debido a que en ocasiones, los fiscales califican los abortos como homicidios agravados⁶⁷.

Hasta el año 1997, El Salvador se adscribía al sistema de indicaciones permitiendo el aborto en tres casos: cuando la vida de la madre gestante estuviera en peligro (indicación terapéutica), cuando el feto presentara malformaciones que lo hicieran inviable (indicación eugenésica), y cuando el embarazo haya sido producto de violación o incesto (indicación ética). A partir de dicho año, la Asamblea Legislativa aprobó dos enmiendas que modificaron sustancialmente el panorama en materia de aborto en el país. La primera, fue una reforma al Código Penal, que introdujo el Artículo 133 que dispone lo siguiente: “El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años”⁶⁸; y la segunda fue una reforma a la Constitución Política de la República, en virtud de la cual, en su Artículo 1, se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de su concepción⁶⁹.

Al igual que en el caso chileno, diversos organismos nacionales e internacionales han insistido en la necesidad de revisar la legislación al respecto, mientras que la

⁶⁷ VELÁZQUEZ CAROLINA. “El Salvador: Aborto prohibido, muerte o cárcel seguras.” [en línea] AmecoPress. 3 de mayo de 2011. <<http://www.amecopress.net/spip.php?article6761>> [consulta: 11 octubre 2011].

⁶⁸ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR. Artículo 133. Diario Oficial. San Salvador, El Salvador. 10 de junio de 1997.

⁶⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. Artículo 1. Diario Oficial. San Salvador, El Salvador. 16 de diciembre de 1983.

ciudadanía, a su vez, se ha manifestado con la intención de reformar la normativa aplicable, sin obtener respuesta favorable de parte de las instituciones⁷⁰.

En este sentido, en noviembre de 2007, dos estudiantes salvadoreños presentaron un recurso ante la Corte Suprema para que declarara la “inconstitucionalidad por omisión” de la reforma al Código Penal que penalizó en forma genérica la práctica del aborto, por no contemplar ninguna indicación que en casos extremos permitiera a las mujeres interrumpir legalmente un embarazo⁷¹. La Corte rechazó el recurso, estimando lo siguiente:

“El Código Penal (...) reconoce la posibilidad de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los de la madre en los supuestos de aborto y, a diferencia del sistema de las indicaciones expresamente reguladas, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. La postura adoptada por el Código Penal permite resolver el conflicto jurisdiccionalmente, desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto”⁷².

El Código Penal de El Salvador regula las causales excluyentes de responsabilidad en su artículo 27⁷³, dentro de las cuales, la sentencia de la Corte Suprema señala que 4 permitirían, una vez consumados los hechos y en sede judicial, permitir la práctica de un aborto bajo indicación no sólo terapéutica, sino también ética y eugenésica. Dichas causales serían: el cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo del cargo (art. 27 N° 1), la legítima defensa (art. 27 N° 2), el estado de necesidad (art.

⁷⁰ LEMUS, CARMEN. “Salvadoreñas salen a las calles a exigirle a Funes despenalización del aborto”. [en línea] Diario El Mundo. 28 de septiembre de 2011. <<http://www.elmundo.com.sv/ultima-hora/17831-salvadorenas-salen-a-las-calles-a-exigirle-a-funes-despenalizacion-del-aborto.html>> [consulta: 11 octubre 2011].

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR. N° 18-1998, 20/11/2007 [en línea] Centro de Documentación Judicial <<http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2007/11/2EF3.PDF>> [consulta: 31 de mayo de 2012].

⁷² *Ibidem*, (V2B).

⁷³ CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR. Artículo 27.

27 N° 3), y la colisión de deberes (art. 27 N° 6)⁷⁴. Los citados numerandos versan de la siguiente forma:

“No es responsable penalmente:

1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;

2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla; y,

c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;

3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

6) Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos”.

De lo anterior, se colige que aún cuando el legislador salvadoreño ha adoptado un sistema de prohibición absoluta del aborto, las normas generales sobre exención de responsabilidad permitirían la interrupción de un embarazo en los casos en que la vida o salud de la mujer gestante se encuentren en riesgo. Habría que revisar cuál ha sido la actitud de los tribunales de El Salvador frente a estas situaciones para concluir que el criterio adoptado por la Corte Suprema es suficiente y nos permite señalar con certeza que el aborto terapéutico se encuentra permitido en el país.

3.1.2. HONDURAS

⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR. op. cit. (V2A).

El Código Penal Hondureño prohíbe el aborto en todas sus formas, condenando a la mujer que haya prestado su consentimiento a una pena de entre 3 y 6 años de reclusión, al igual que al médico que, “abusando de su profesión, causa o coopera con el aborto”, a quien además se le impone una multa de entre 15.000 y 30.000 Lempiras⁷⁵.

Sin embargo, el “Código de Ética Médica”, en su artículo 80 permite a los facultativos interrumpir un embarazo “una vez agotados todos los medios terapéuticos para la conservación de la vida o preservación de la salud de la madre, puestas en peligro con motivo del embarazo”, exigiendo el consentimiento de la mujer y el de su esposo o representante legal, además de la constancia por escrito de a lo menos dos médicos que estén de acuerdo con la necesidad terapéutica del aborto⁷⁶.

Quedaría abierta así la puerta a la posibilidad de practicar un aborto terapéutico, aún cuando las normas penales sancionen en forma genérica el aborto, ya que el Código Penal hondureño, en su artículo 24 N° 5, establece dentro de las causales de justificación, que se halla exento de responsabilidad penal “quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. De esta forma, si entendemos que el Código de Ética Médica constituye la *lex artis*, al concordarse su artículo 80 con el artículo 24 N° 5 del Código Penal, podría interpretarse que en los casos en que un facultativo se encuentra ante un embarazo que pone en riesgo la vida o salud de la madre, a tal punto que la única solución viable para salvaguardarlas es la práctica de un aborto, dicha solución quedaría enmarcada dentro de las causales de exención de responsabilidad penal, sin generar consecuencias punitivas ulteriores ni para el facultativo, ni para la mujer.

3.1.3. NICARAGUA

El antiguo Código Penal nicaragüense de 1891, permitía el aborto cuando a causa del embarazo estuviere en riesgo la vida o salud de la madre gestante, y en caso de violación. El antiguo artículo 165 señalaba: “El aborto terapéutico será determinado

⁷⁵ CÓDIGO PENAL DE HONDURAS. Artículos 126 y 127. Diario Oficial La Gaceta. Tegucigalpa, Honduras. 26 de septiembre de 1983.

⁷⁶ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA ADOPTADO POR LA ASOCIACIÓN MÉDICA HONDUREÑA. Artículo 80. Revista Médica Hondureña. Tegucigalpa, Honduras.

científicamente, con la intervención de tres facultativos por lo menos y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano a la mujer, para los fines legales”⁷⁷.

Sin embargo, a partir del año 2006, previo a las elecciones presidenciales, distintos grupos ligados a la Iglesia Católica (de gran influencia en el país), llevaron adelante una campaña tendiente a reformar las normas vigentes relativas al aborto. A través de anuncios televisivos, folletos e insertos en los periódicos, se intentó convencer a la opinión pública de la necesidad de prohibir en forma absoluta el aborto. El aborto terapéutico, pasó a ser así un tema principal en la contienda presidencial, a tal punto que los dos principales candidatos Eduardo Montealegre y el ex líder Sandinista Daniel Ortega, se mostraron favorables a su prohibición absoluta⁷⁸.

Ese mismo año 2006, la Asamblea Nacional aprobó la Ley N° 603 que modificó el Código Penal, derogando el artículo 165, que consagraba el aborto terapéutico. Luego, el año 2008, se promulgó un nuevo Código Penal que establece duras sanciones a las mujeres y facultativos que practiquen abortos, sin contemplar excepciones, pasando así de una legislación que se acogía al sistema de indicaciones a una regida por el de prohibición absoluta.

El artículo 143 del nuevo Código Penal nicaragüense, señala lo siguiente:

“Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario. A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión”⁷⁹.

⁷⁷ Artículo 165 del antiguo Código Penal Nicaragüense.

⁷⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL. “La Prohibición Total del Aborto en Nicaragua, la vida y la salud de las mujeres en peligro; los profesionales de la medicina, criminalizados”. Madrid, España. Editorial Amnistía Internacional. Julio de 2009.

⁷⁹ CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA. Diario Oficial La Gaceta. Managua, Nicaragua. 16 de noviembre de 2007.

El año 2007, un importante grupo de personas y organizaciones sociales presentaron un recurso de inconstitucionalidad⁸⁰ ante la Corte Suprema en contra de la Ley N° 603, con la intención de reponer el antiguo artículo 165 del Código Penal, sin embargo, cinco años después, el recurso aún no ha sido resuelto⁸¹. De esta forma, no contamos con un antecedente jurisdiccional que nos permita afirmar la real situación legal del aborto terapéutico en Nicaragua. Sin embargo, si revisamos las normas de exención de responsabilidad penal del respectivo Código, vemos que nada obstaría a que se aplique el criterio que adoptó la Corte Suprema salvadoreña el año 2007, y que previamente comentamos. En este sentido, el artículo 34 del Código Penal nicaragüense, enumera 11 causales eximentes. De ellas destacamos la N° 5 y 7, que podrían interpretarse en un sentido favorable a la práctica lícita de un aborto terapéutico, y que establecen lo siguiente:

“Esta exento de responsabilidad penal quien:

5) En estado de necesidad, lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos, que:

- a) El mal causado no sea mayor al que se trata de evitar,
- b) La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto,
- c) El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse;

7) Actúe en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (...)”⁸².

3.2. EL ABORTO TERAPÉUTICO EN LOS PAÍSES QUE SE ADHIEREN AL SISTEMA DE LAS INDICACIONES

⁸⁰ CENTRO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. “Recurso por Inconstitucionalidad contra la Ley 603 que derogó el aborto terapéutico”. Managua, Nicaragua. Movimiento Autónomo de Mujeres de Nicaragua. Febrero de 2007.

⁸¹ EL NUEVO DIARIO. “Más del 50% de nicaragüenses proponen revisar ley sobre aborto” [en línea] 28 de mayo de 2012 <<http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/252750-mas-del-50-de-nicaragenses-proponen-revisar-ley-aborto>> [consulta: 31 de mayo de 2012].

⁸² CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA, artículo 34.

La mayoría de los países latinoamericanos regula el aborto de acuerdo al sistema de las indicaciones, siendo la indicación terapéutica acogida en prácticamente todas las naciones. Veamos a continuación la situación del aborto terapéutico en algunos de estos países.

3.2.1. ARGENTINA

Argentina sigue el sistema de indicaciones, permitiendo la interrupción de un embarazo sólo cuando éste pone en riesgo la vida o salud de la madre (indicación terapéutica) y cuando es fruto de una violación a una mujer con alguna enfermedad mental (indicación ética). Fuera de estas hipótesis, el aborto se encuentra prohibido.

Regula el aborto el Código Penal en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, de los delitos contra la vida de las personas entre los artículos 85 y 88. En su artículo 86 inciso segundo, consagra las causales en virtud de las cuales no se sancionará a las personas involucradas en la práctica de un aborto, bajo el siguiente tenor:

“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”⁸³.

Vemos que el aborto terapéutico es lícito siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Sea practicado por un médico diplomado;
- b) Con el consentimiento de la mujer gestante;
- c) Que el peligro a la vida o salud de la madre no pueda ser evitado por otros medios.

⁸³ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. 9ª Edición. Buenos Aires, Editorial Errepar, 2010.

No establece la ley ningún plazo para la práctica de un aborto fundado en esta indicación, pudiendo llevarse a cabo en cualquier etapa de la gestación.

A pesar de la claridad del precepto, en la práctica muchas veces los profesionales de la salud se niegan a llevar a cabo una interrupción terapéutica del embarazo, ya sea por razones ideológicas⁸⁴, o simplemente por desconocimiento, pues la falta de información y de implementación idónea para su realización, generan la idea errónea de que la legislación no la permite⁸⁵.

Por su parte, el aborto con indicación ética o sentimental, regulado en el número 2 del inciso citado, ha generado controversia, puesto que algunos lo han entendido un sentido amplio, permitiendo la práctica de un aborto cuando el embarazo ha sido fruto de una violación en cualquiera de las formas previstas por el Código Penal, mientras que otros lo interpretan en sentido restringido, es decir sólo se referiría a un embarazo fruto de una violación a una mujer demente. Si bien esta discusión no ha sido resuelta, últimamente es posible encontrar jurisprudencia que se inclina por interpretar en forma amplia el precepto⁸⁶.

A pesar de que la norma del artículo 86 parece clara a la hora de establecer los supuestos en que una mujer puede legalmente interrumpir su embarazo, en la práctica, se ha planteado una discusión doctrinaria y judicial que no ha hecho más que confundir el sentido de la norma y de paso dificultar la posibilidad de las mujeres que se encuentren en dichas situaciones para acceder a un aborto seguro y oportuno. La discordia consiste en que hay quienes han interpretado la norma señalando que para proceder a la práctica de un aborto legal en los supuestos enumerados por el artículo 86, sería necesaria una autorización judicial previa, mientras que otros consideran que sólo bastaría con la aplicación del criterio médico de los facultativos a cargo del caso

⁸⁴ CARBAJAL MARIANA. "Una vida en riesgo por negar un aborto" [en línea] Diario Página 12. 13 de octubre de 2011 <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-178801-2011-10-13.html>> [consulta: 1 de junio de 2012].

⁸⁵ OBSERVATORIO ARGENTINO DE BIOÉTICA. "Aborto por motivos terapéuticos: artículo 86 inciso 1 del Código Penal Argentino" [en línea] Buenos Aires, Argentina. Flacso, Argentina <<http://bioetica.flacso.org.ar/img/pdf/Aborto-por-motivos-terapeuticos.pdf>> [consulta: 1 de junio de 2012].

⁸⁶ PUJÓ, SOLEDAD; DERDOY, MALENA. "Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en Argentina". [en línea]. Anuario de Derechos Humanos 2007. <http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-SeccionInternacional/anuario03_sec_internacionalVI_PujoyDerdoy.pdf>. [consulta: 19 octubre 2011].

para su práctica⁸⁷. Como es de esperar esta discusión ha degenerado en un sinnúmero de situaciones claramente contrarias al espíritu de la norma, en que por temor a ser procesadas, las mujeres embarazadas han tenido que esperar varios meses el resultado de una decisión judicial, y cuando ésta llega y es favorable, el embarazo está en una etapa demasiado avanzada, o el bebé ya nació, o la salud de la mujer se encuentra sumamente deteriorada, dependiendo del caso.

Durante mucho tiempo esta discusión no había sido resuelta, aún cuando la jurisprudencia se inclinara mayormente por no exigir autorización judicial⁸⁸. Esto, hasta que con fecha 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, por unanimidad confirmó un fallo del Tribunal Supremo de la provincia de Chubut, que en marzo de 2010 autorizara la práctica de un aborto a una joven de 15 años, embarazada luego de haber sido violada por su padrastro⁸⁹. Tomando en consideración el tiempo que implica un trámite judicial, la necesidad de un pronunciamiento que sirviera de guía para casos sucesivos, y la responsabilidad internacional del Estado argentino, la Corte aclaró el sentido de la disposición señalando que el artículo 86 N° 2 del Código Penal, “no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación”⁹⁰, por lo que ante la ausencia de reglas específicas, se entiende que la norma “supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal”⁹¹.

3.2.2. BRASIL

⁸⁷ *Ibidem*, p. 142.

⁸⁸ *Ídem*.

⁸⁹ CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL. “La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados” [en línea] Agencia de Noticias del Poder Judicial, 13 de marzo de 2012 <<http://www.cij.gov.ar/scp/index.php?p=interior-nota&nid=8754>> [consulta: 14 de marzo de 2012].

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA. F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva.

⁹¹ *Ídem*.

En Brasil el aborto es permitido bajo dos circunstancias, cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la madre, y cuando ha sido consecuencia de una violación, siguiendo de esta forma el sistema de indicación terapéutica y ética o sentimental. Así lo establece el artículo 128 del Código Penal:

“No se reprime el aborto provocado por un médico i) si no existe otro medio para salvar la vida de la embarazada; ii) si el embarazo es resultado de estupro y el aborto está precedido del consentimiento de la embarazada o, si fuere incapaz, de su representante legal”⁹².

Se estima que en promedio, en Brasil se practican anualmente alrededor de un millón de abortos⁹³, constituyendo el aborto clandestino, la cuarta causa de muerte materna en el país⁹⁴, presentando una amplia diferencia según sector geográfico. Para contrarrestar esta situación, las autoridades han adoptado diversas medidas para transparentar la información disponible. Es así que en el año 2005 el Ministerio de Salud elaboró un reglamento detallado aclarando a los médicos—y a las mujeres embarazadas—los requisitos procesales para la práctica de un aborto legal⁹⁵.

La norma no establece plazo alguno para la práctica de un aborto terapéutico, por ende, y al igual que en el caso argentino, un embarazo con complicaciones que pongan en riesgo la vida o salud de la mujer gestante puede ser interrumpido en cualquier etapa del estado de gravidez.

3.2.3. COLOMBIA

Colombia era uno de los países que se adscribía al sistema de prohibición absoluta del aborto, hasta el año 2006, en que el Tribunal Constitucional, en la sentencia C-

⁹² CÓDIGO PENAL DE BRASIL. D.O.U. Rio de Janeiro. 31 de diciembre de 1940. Art. 128: “Não se pune o aborto praticado por médico: 1. Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; 2. se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

⁹³ IPAS BRASIL. “Magnitude do aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa”. [en línea] <http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf>. [consulta: 21 octubre 2011].

⁹⁴ WEBER, DEMETRIO. “Brasil tem um milhão de abortos clandestinos por ano”. [en línea]. Diário O Globo, Agencia Brasil. 30 de mayo de 2007. <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>>. [consulta: 21 octubre 2011].

⁹⁵ GUTTMACHER INSTITUTE. “Acontecimientos en las leyes sobre aborto inducido: 1998 – 2007”. [en línea]. <<http://www.guttmacher.org/pubs/journals/3503009S.pdf>>. [consulta: 21 octubre 2011].

355/2006, despenalizó parcialmente su práctica en determinados casos, adhiriéndose de esta forma, al sistema de indicaciones⁹⁶. Dicha sentencia, fue dictada tras la interposición de un recurso de inexecuibilidad presentado por la abogada Mónica Roa, quien venía trabajando desde hace un tiempo en el proyecto Laicia (Litigio de Alto Impacto en Colombia: La Inconstitucionalidad del Aborto), que consistía básicamente en la presentación de recursos judiciales tendientes al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Colombia, y que más allá de su resultado, generaran debate al respecto en la opinión pública.

En el recurso, se alegó la inconstitucionalidad de la penalización total del aborto establecida por el Código Penal colombiano, por considerarse una vulneración de derechos esenciales de la mujer.

La sentencia, que constituye un hito histórico en el tratamiento penal del aborto, fue pronunciada el 10 de mayo de 2006, y despenaliza el aborto en 3 circunstancias⁹⁷ de la siguiente forma:

“No se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”⁹⁸.

Al igual que en Argentina y Brasil, la sentencia del Tribunal Constitucional no establece como requisito para la práctica de un aborto terapéutico cumplir con algún plazo, por lo que puede llevarse a cabo en cualquier etapa de la gestación.

⁹⁶ MOLINA BETANCUR, CARLOS. “El derecho al aborto en Colombia”. Medellín, Colombia. Universidad de Medellín. 2006. p. 43.

⁹⁷ DIARIO EL TIEMPO. “Aborto no se castigará en 3 casos”. [en línea]. 11 de mayo de 2006. <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2018959>> [consulta : 24 octubre 2011].

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/2006. Bogotá, Colombia. 10 de mayo de 2006.

Se estima que en Colombia se practican más de 400.000 abortos al año, lo que se traduce en una tasa de 39 por cada 1.000 mujeres en edad fértil (entre 15 y 44 años)⁹⁹. De dichos abortos, sólo una pequeña parte corresponde a interrupciones voluntarias del embarazo practicadas de acuerdo a lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional. De acuerdo a cifras del Guttmacher Institute, entre los años 2008 y 2010, sólo 657 de los abortos practicados se han efectuado en forma legal¹⁰⁰. Lo anterior, se debería a la falta de información, pero principalmente al escaso número de instituciones prestadoras de salud con capacidad para ofrecer servicios de interrupción voluntaria del embarazo (sólo un 11% de ellas)¹⁰¹.

3.2.4. PERÚ

Perú acoge el sistema de indicación terapéutica, permitiendo el aborto sólo para preservar la vida y la salud física de la madre. Así lo regula el artículo 119 del Código penal:

“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”¹⁰².

El aborto en Perú constituye un problema de salud pública urgente. Se estima que al año se practican 371.420 abortos en forma clandestina¹⁰³, y la tasa anual de abortos por cada 1.000 mujeres, es de 52¹⁰⁴, en circunstancias que la media en América del

⁹⁹ GUTTMACHER INSTITUTE. “Aborto inducido en Colombia: nuevas estimaciones y cambios de 1989 a 2008”. Nueva York, Estados Unidos. [en línea] <<http://www.guttmacher.org/pubs/journals/3800212S.pdf>>. [consulta : 19 octubre 2011].

¹⁰⁰ De ellos, 57% se debieron a malformaciones, 27% a violación o incesto, y 16% para preservar la vida o salud de la mujer gestante. GUTTMACHER INSTITUTE. “Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias”. Nueva York, Estados Unidos. [en línea] <<http://www.guttmacher.org/pubs/Embarazo-no-deseado-Colombia.pdf>>. p. 15. [consulta : 19 octubre 2011].

¹⁰¹ GUTTMACHER INSTITUTE. “Embarazo no deseado...”. Cit., p. 16.

¹⁰² CÓDIGO PENAL PERUANO. Lima, Juristas Editores EIRL, 2007.

¹⁰³ FERRANDO, DELICIA. “El aborto clandestino en el Perú. Revisión”. [en línea]. Lima, Perú. Centro de la mujer peruana Flora Tristán. <<http://www.inppares.org/sites/default/files/Aborto%20clandestino%20Peru.pdf>>, p. 29. [consulta : 19 octubre 2011].

¹⁰⁴ CENTRO DE LA MUJER PERUANA FLORA TRISTÁN. “El aborto: un problema social y de salud pública”. [en línea]. <<http://www.flora.org.pe/el%20aborto.htm>>. [consulta: 19 octubre 2011].

Sur es de 33¹⁰⁵. Posee además la segunda mayor tasa de mortalidad materna en América Latina, después de Bolivia, con un índice de 410 muertes por cada 100.000 nacidos vivos¹⁰⁶.

Como hemos visto en los casos anteriores de abortos legales bajo indicación terapéutica, la norma peruana permite realizar este tipo de interrupción del embarazo en cualquier etapa del proceso de gestación.

En la práctica, y si bien el aborto con indicación terapéutica tiene plena validez, el Estado peruano ha sido objeto en diversas ocasiones de sanciones y recomendaciones por parte de organismos internacionales¹⁰⁷, por no contar con las condiciones adecuadas para hacer cumplir con la norma, negándole así la posibilidad de acceder a ella a las mujeres que se encuentran en la necesidad de interrumpir sus embarazos para evitar poner en riesgo su vida o salud.

La escasa información al respecto así como la falta de infraestructura en los servicios públicos ha hecho que se generalice la percepción de que el aborto terapéutico se trata de un procedimiento ilícito y sancionado penalmente, no sólo en las mujeres, sino también en los facultativos llamados a practicarlo. En este sentido, Human Rights Watch ha señalado lo siguiente:

“Entre los principales obstáculos al aborto terapéutico en el Perú se cuentan: 1) normas legales y políticas públicas imprecisas y restrictivas que, entre otros, no aclaran si el daño a la salud mental justifica también un aborto legal; 2) falta de un protocolo nacional sobre criterios de selección o procedimientos administrativos a seguir; 3) procedimientos de aprobación e interconsulta caso por caso y falta de rendición de cuentas en casos de denegación de aborto legal; 4) el temor de los prestadores de servicios a

¹⁰⁵ GUTTMACHER INSTITUTE. “Datos sobre el aborto y el embarazo no deseado en América Latina y el Caribe”. [en línea]. Nueva York, Estados Unidos. <http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf>. [consulta: 25 octubre 2011].

¹⁰⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. “Tengo derechos y tengo derecho a saber. La falta de acceso al aborto terapéutico en el Perú”. [en línea]. Nueva York, Estados Unidos. <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/peru_0708spweb_0.pdf>. p. 7. [consulta: 25 octubre 2011].

¹⁰⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. *Ibidem.*, p. 17; y Dictamen del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/85/D/1153/2003.

ser procesados o demandados; 5) el costo del procedimiento y la falta de cobertura para el aborto terapéutico en el sistema de previsión social, y 6) desconocimiento sobre el aborto no punible entre mujeres y profesionales de la salud”¹⁰⁸.

Estas dificultades generan una tremenda contradicción con el espíritu de la norma que consagra la legalidad del aborto terapéutico. En el mismo informe citado, y respecto al estado real de este tipo de aborto en el país, Human Rights Watch concluye lo siguiente:

“A muchas mujeres y niñas que necesitan un aborto se les dificulta sobremanera tomar la decisión de procurárselo, incluso cuando cuentan con asesoría médica. El hecho de que las autoridades políticas y médicas dificulten aún más esta decisión y entorpezcan el acceso a la información y al aborto legal, no disminuye el número de abortos, sino simplemente los clandestiniza”¹⁰⁹.

3.3. EL ABORTO TERAPÉUTICO EN LOS PAÍSES QUE SE ADHIEREN AL SISTEMA DE PLAZOS

En el sistema de plazos, las legislaciones tienden a establecer un período de tiempo, generalmente de 12 semanas, en el que la mujer puede interrumpir su embarazo libremente. Sin embargo, en la mayoría de los países, la aplicación de este sistema no es tan absoluta, ya que luego de transcurrido dicho plazo, subsiste la posibilidad de practicarse un aborto en forma lícita, siempre y cuando concurra alguna causal de excepción contemplada explícitamente en la ley. Es lo que ocurre con el aborto terapéutico, que puede practicarse legalmente a partir del vencimiento del plazo para la interrupción voluntaria del embarazo, hasta, por lo general, el término del embarazo. Esto último, siempre y cuando la ley no fije un plazo límite para su realización.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 2.

¹⁰⁹ *Idem.*

Como ya aclaramos con anterioridad, cuando el aborto se practique con el objeto de salvaguardar la vida o salud de la mujer gestante, antes de las 12 semanas (si es que es ese el plazo establecido por el legislador), aún cuando la motivación coincida con la indicación terapéutica, para los efectos de nuestra investigación, consideraremos que no cabe dentro de la denominación de aborto terapéutico, sino de interrupción libre y voluntaria del embarazo. Será aborto terapéutico aquél que se practique después de vencido el plazo habitual de 12 semanas con el objeto de salvaguardar la vida o salud de la mujer en riesgo a causa del embarazo.

La razón de las 12 semanas de plazo, radica en que de acuerdo a los especialistas, un aborto dentro del primer trimestre es altamente seguro si se lleva a cabo en condiciones adecuadas. Se argumenta principalmente que, desde un punto de vista científico, dentro de ese plazo aún no han comenzado las funciones encefálicas –que permiten sentir el dolor, pensar u otras- y que son en definitiva las que nos hacen diferenciarnos como personas dentro del reino animal. Por otro lado, la mayoría de las legislaciones en materia de donación de órganos, requieren la muerte encefálica, como requisito *sine qua non* para permitir la extracción y posterior entrega del órgano; si aplicamos ese razonamiento a *contrario sensu*, nos permitiría inferir que sin inicio de actividad cerebral malamente podríamos hablar un individuo de la especie humana¹¹⁰.

3.3.1. ALEMANIA

El Código Penal alemán regula las causales de no punibilidad por interrumpir un embarazo en su artículo 218, permitiendo que la mujer gestante solicite la práctica de un aborto por encontrarse en una situación de angustia y conflicto, siempre y cuando éste sea realizado por un médico, dentro de las doce primeras semanas de embarazo, y que la mujer acredite haber asistido a un “Centro de consulta autorizado por la ley de embarazo conflictivo”, por lo menos tres días antes de la práctica del aborto. La idea de estos Centros de Consulta, es asistir a la madre, brindarle asesoramiento y alentarla a que continúe con el embarazo.

¹¹⁰ CARPIZO, JORGE. “La interrupción del embarazo antes de las doce semanas”. [en línea] México <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2841/4.pdf>>. pp. 4 -6. [consulta: 31 octubre 2011]

En cuanto al aborto terapéutico, el artículo 218a lo declara ajustado a derecho bajo el siguiente tenor:

“La interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la embarazada no es antijurídica cuando de acuerdo con el conocimiento médico sea necesaria la interrupción para eliminar un peligro para la vida de la embarazada y el peligro de un perjuicio muy grave para su salud física o anímica, y éste peligro no pueda ser eliminado de otra manera exigible para ella”¹¹¹.

No establece el Código un plazo máximo para la práctica de este tipo de aborto.

3.3.2. FRANCIA

La norma que regula el aborto en Francia, es la Ley 75-17, del 17 de Enero de 1975 sobre interrupción voluntaria del embarazo. Antes de dicha norma, el aborto sólo se permitía para salvar la vida de la mujer gestante si es que ésta se encontraba seriamente amenazada a causa del embarazo. Actualmente las disposiciones relativas al aborto integran el “Código de Salud Pública de Francia” y se encuentran entre los artículos L-2211-1 y L-2223-2, y permiten a la mujer que se encuentra en una situación de angustia o desamparo (*situation de détresse*) solicitar a un médico la práctica de un aborto antes de las doce primeras semanas de gestación. Para ello, la mujer debe acudir a una primera consulta con un facultativo, quien además de efectuar un examen clínico, deberá informar a la mujer de los riesgos y efectos secundarios asociados a la práctica del aborto, y hacerle entrega de documentación relativa a la normativa legal aplicable, los establecimientos autorizados para llevarlo a cabo, servicios sociales y lugares de adopción en caso de que la mujer desista en su intención de practicarse un aborto. Luego de esto, se le da un plazo de una semana de reflexión, y se le recomienda asistir a una cita con un psicólogo o asistente social. Si después de ello

¹¹¹ STRAFGESETZBUCH (CÓDIGO CRIMINAL). 32a Edición. Munich; Alemania, Editorial C.H. Beck, 1998. Art. 218a, inciso 2. “Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann”.

persiste en su deseo de realizarse un aborto, deberá confirmar su decisión por escrito, y a partir de ese momento el médico que la atendió u otro si la mujer así lo desea, podrá interrumpir el embarazo. Con posterioridad, entre el decimocuarto y vigesimoprimer día siguientes a la intervención, la ley contempla un control médico con el objeto de verificar el estado de la mujer. Los costos de la intervención son reembolsados entre un 70% y 100% a la mujer por el sistema de seguridad social.

El aborto terapéutico se encuentra regulado en el artículo L-2213-1 de la siguiente forma:

“La interrupción voluntaria de embarazo puede ser efectuada en cualquier momento (sin límite de tiempo) si dos médicos, dentro de un equipo pluridisciplinario, certifican que el embarazo crea un riesgo grave para la salud de la mujer, o que existe una probabilidad fuerte de que el niño nacerá con una patología particularmente grave, reconocida como incurable al momento del diagnóstico”¹¹².

Se acoge de esta forma la indicación terapéutica y eugenésica, sin límite de tiempo y con la certificación de dos médicos miembros de un equipo multidisciplinario.

3.3.3. ITALIA

En Italia, la norma que regula el aborto es la Ley 194 del 22 de mayo de 1978, sobre “Protección Social de la Maternidad e Interrupción voluntaria del embarazo” (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*). En ella, al igual que en Francia, se permite el aborto en todas sus indicaciones y por mera solicitud de la madre gestante, dentro de los primeros noventa días de gestación, previa consulta con un médico perteneciente a un centro de atención público o un servicio médico social autorizado.

¹¹² CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE (Código de Salud Pública). 24ª Edición. Francia, Editorial Dalloz, 2010. Art. L-2213-1 inciso 1: “L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.”

El plazo de noventa días no se exige en los casos en que el embarazo estuviere poniendo en riesgo la vida de la mujer, o si se hubieren diagnosticado graves anomalías o malformaciones en el feto, que constituyan un peligro grave para la salud física o psíquica de la mujer¹¹³.

3.3.4. REINO UNIDO

En el Reino Unido, la materia en cuestión es regulada por la “Ley de Aborto de 1967” (*Abortion Act 1967*), que permite a las mujeres embarazadas solicitar la práctica de un aborto bajo las siguientes circunstancias:

- a. La continuación del embarazo envuelve un riesgo de daño a la salud física o mental de la madre o de alguno de sus hijos.
- b. La terminación del embarazo es necesaria para prevenir un daño grave y permanente a la salud física o mental de la mujer embarazada.
- c. La continuación del embarazo envuelve un riesgo a la vida de la mujer embarazada.
- d. Existe un riesgo importante de que el feto nazca seriamente afectado con alguna discapacidad física o mental.¹¹⁴

La ley exige un plazo de veinticuatro semanas para la causal a), que podría ser considerada la de mayor amplitud, puesto que caben en ella diversas motivaciones de

¹¹³ LEY 194 DEL 22 DE MAYO DE 1978. Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza. Gazzetta Ufficiale. Roma, Italia. Artículo 6: “L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;
b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.”

¹¹⁴ ABORTION ACT OF 1967 (Ley de Aborto Inglesa de 1967). Art. 1: “Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner of two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith:

a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or
b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or
c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or
d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.”

orden económico, social, etc. Al igual que en las legislaciones anteriores, no se exige plazo alguno para la práctica del aborto con indicación terapéutica.

La referida norma sólo rige en Inglaterra, Escocia y Gales, en Irlanda del Norte se mantiene vigente la norma de 1861 de “Ofensas en contra de las Personas”, que prohíbe el aborto salvo en los casos en que la vida de la mujer esté en peligro a causa del embarazo.

4. EL CASO DE ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

4.1. ESPAÑA

Hemos decidido dedicarle un apartado especial a la situación del aborto en España, debido a la reciente promulgación de la Ley 2/2010 que despenaliza el aborto voluntario, y que, si bien no dista en demasía de los sistemas implementados en el resto de los países europeos, tiene ciertas particularidades que hacen procedente un análisis de mayor profundidad. Por lo demás, el ordenamiento jurídico español ha sido siempre fuente de inspiración para el nuestro, por lo que en un estudio de derecho comparado nos parece pertinente poner especial énfasis en su situación.

Durante el siglo XIX y XX, las normas penales españolas prohibían el aborto en forma genérica y sin excepciones. El Código Penal de 1848 regulaba el aborto entre los artículos 328 y 331, contemplando los casos en que el aborto es provocado por un tercero no facultativo, por violencia, por la propia mujer, y por un médico¹¹⁵. En ninguno de ellos hace mención al aborto ocasionado con la intención de salvaguardar la vida o salud de la madre en riesgo a propósito del embarazo. Esta situación no fue alterada con los códigos posteriores, aún cuando en la práctica, y ante dichas situaciones excepcionales, se entendió que debían aplicarse los principios generales del derecho penal para eximir de responsabilidad a las personas que intervinieran en la interrupción del embarazo y así salvar la vida de la mujer¹¹⁶.

¹¹⁵ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO. “El Código Penal concordado y comentado” (III). Madrid, España. Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1849, pp. 36-43.

¹¹⁶ “Todo aborto provocado (consentido o no) es punible, con la excepción de aquellas intervenciones abortivas que pudieran justificarse a través de la eximente de estado de necesidad”. HUERTA TOCILDO, SUSANA. “Criterios para

Tal criterio mantuvo su vigencia hasta el 5 de Julio de 1985, fecha en que se aprobó la “Ley Orgánica 9/1985”¹¹⁷, que modificó el Código Penal en su artículo 417 bis, y que estableció las circunstancias bajo las cuales se entendía que un aborto practicado en forma voluntaria no constituía delito. Con anterioridad a dicha norma, en el año 1983, se había promulgado otra en el mismo sentido, sin embargo, previo a su entrada en vigencia, un grupo de parlamentarios cuestionó su validez y llevó el caso al Tribunal Constitucional, que en 1985 declaró su inconstitucionalidad debido a la falta de garantías procedimentales para proteger la vida prenatal¹¹⁸. Esta sentencia, la 53/1985, es de vital importancia, puesto que contiene en sus fundamentos los principios básicos sobre los cuales se idearía, veinticinco años más tarde, la Ley Orgánica 2/2010, que despenaliza el aborto voluntario en España. Además elaboró una serie de recomendaciones que devinieron en la promulgación de la referida Ley Orgánica 9/1985, que mediante un sistema mixto, legaliza por primera vez en España¹¹⁹ el aborto, siempre y cuando se circunscriba dentro de las situaciones especiales descritas en la misma ley.

La norma, que incorporó además el concepto de “interrupción voluntaria del embarazo”, significó un hito histórico en materia de derechos sexuales y reproductivos femeninos, y se enmarca dentro de un proceso de liberalización en aspectos valorativos en la sociedad española, iniciado con la llegada al poder del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), de la mano de Felipe González, en 1982.

4.1.1. LEY ORGÁNICA 9/1985

la reforma del delito de aborto”, En MIR PUIG, SANTIAGO. “La despenalización del aborto”. Barcelona, España. Editorial Universidad Autónoma de Barcelona. 1983., p. 2.

¹¹⁷ LEY ORGÁNICA 9/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 12 de julio de 1985, p. 22.041.

¹¹⁸ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 18 de mayo de 1985.

¹¹⁹ Esta descripción normativa se realiza obviando una norma abortiva dictada en Cataluña en 1936, en plena Guerra Civil, que legalizaba el aborto terapéutico, ético, eugenésico, y neomalthusiano (por motivos de reducción de natalidad), y que fue derogada en el año 1938. Para conocer detalles de su promulgación y contenido, visitar el siguiente vínculo: SOBREQUES I GALLICO, JAUME. “Cataluña tuvo durante la República la ley del aborto más progresista de Europa”. [en línea]. Diario El País en Internet. 13 de febrero de 1983. <http://www.elpais.com/articulo/espana/CATALUNA/ESPANA/CATALUNA/PARLAMENTO_HASTA_1999/SEGUNDA_REPUBLICA_ESPANOLA/Cataluna/tuvo/durante/Republica/ley/aborto/progresista/Europa/elpepiesp/19830213elpepinac_15/Tes>. [Consulta: 23 de noviembre de 2011].

Como decíamos, la Ley 9/1985, introdujo el artículo 417 bis al Código Penal, estableciendo un sistema mixto, de plazos e indicaciones, salvo por una de las causales, la del aborto practicado para evitar un riesgo en la vida o salud física o mental de la mujer gestante, en que no exigía plazo alguno.

La norma busca resolver el conflicto que se suscita en la protección jurídica que el Estado debe brindarle tanto a los derechos de la mujer embarazada, como a la vida humana en formación. Si bien en España, y previo a la dictación de esta norma se entendía que los casos más complejos, como aquellos comprendidos dentro de la indicación terapéutica, quedaban a salvo a la luz de las causales de exención de responsabilidad, en algún punto se consideró que regular dichas situaciones en forma explícita resultaba atinente debido a la relevancia del tema en la sociedad. El profesor Francisco Muñoz Conde lo explica de la siguiente forma:

“(…) Como sucede con cualquier otro bien jurídico, la protección que le dispensa el Derecho penal (al *nasciturus*) no es absoluta, sino relativa, y viene condicionada a la protección de otros intereses de la embarazada igualmente merecedores de protección. En caso de conflicto entre la vida dependiente y otros bienes jurídicos de la mujer embarazada, es necesario arbitrar una regulación que permita resolver a priori y con carácter general los casos concretos que se planteen.

La solución al conflicto se sitúa en el plano de las causas de justificación, inspirándose en los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto. Bastaría, por tanto, una interpretación amplia de la eximente de estado de necesidad (art. 20 nº 5) para justificar los casos más conflictivos. Pero la importancia del tema y razones de seguridad jurídica han obligado al legislador a regular expresamente los supuestos más frecuentes e importantes, acompañándolos de una reglamentación administrativa que muchas veces constituye más una traba burocrática que obstaculiza la decisión libre de la

mujer, que una garantía de sus derechos y del derecho a la vida del feto”¹²⁰.

Revisemos a continuación el tenor literal de la norma:

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

1º Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél 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.

2º 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 doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

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

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

¹²⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Derecho Penal. Parte Especial”. 15ª Edición. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2004., p. 92.

en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”¹²¹.

En síntesis, el artículo 417 bis del Código Penal español permitía el aborto por las siguientes causales:

- a. Para salvar la vida de la mujer gestante.
- b. Para preservar la salud física de la mujer gestante.
- c. Para preservar la salud mental de la mujer gestante.
- d. En caso de violación o incesto.
- e. Cuando el feto presenta algún tipo de malformación o daño físico o psíquico.

En cuanto a los requisitos, el antiguo artículo 417 bis del Código Penal español exigía:

- a. El aborto debía ser practicado por un médico o bajo su dirección, en un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado. En la práctica muchos médicos de establecimientos públicos, se abstenían de practicar abortos aduciendo la “cláusula de conciencia”, por lo que las mujeres debían acudir a centros de salud privado, y asumir la totalidad del costo de la intervención.
- b. El aborto debía practicarse con el consentimiento de la mujer, salvo en los casos urgentes en que la vida de la madre gestante se encontraba en riesgo y requería de una intervención en forma inmediata.
- c. Cuando se trataba de un aborto con indicación terapéutica, se requería de un certificado emitido por un médico distinto de aquel que realizaría el aborto, que acreditara que efectivamente la vida o la salud física o psíquica de la madre gestante corría peligro. Así explicaba la norma el profesor Joan Queralt, basado en el análisis jurisprudencial:

“(…) es necesario que un médico distinto (no un psicólogo: SS 26-10-2000, 19-9-2001) al que vaya a practicar o a dirigir la práctica de la intervención, constate en un dictamen anterior (S 7-2-1996) a dicha práctica tal peligro grave. Es válido el dictamen de un psiquiatra, pero alguna jurisprudencia va mucho más allá al imponer

¹²¹ Antiguo artículo 417 bis del Código Penal español, derogado por Ley Orgánica 2/2010.

un exacto contenido al informe del facultativo, contenido que la ley no exige; así, el dictamen debería contener sólo una completa anamnesis –entrevista clínica-, sino la propia observación clínica, pruebas y comprobaciones para la exactitud del diagnóstico y del pronóstico; precisaba, en suma, un estudio completo de la embarazada, con los datos relevantes de antecedentes personales y familiares en el campo de lo psicopatológico (así erróneamente S 1-4-1998). Es además necesario el consentimiento expreso de la mujer (...) –sin embargo- en caso de urgencia vital, puede procederse al aborto sin consentimiento expreso y sin dictamen previo”¹²².

No se exigía plazo alguno para llevar a cabo la intervención, de modo que la madre podía abortar en cualquier etapa del embarazo siempre y cuando contara con el referido certificado médico, algo distinto a lo que ocurre hoy en día con la Ley Orgánica 2/2010, que, como veremos más adelante, establece un plazo de 22 semanas para la práctica de este tipo de aborto.

- d. Cuando se trataba del aborto de un embarazo fruto de una violación, ésta debía ser reportada a la policía, y la interrupción no debía llevarse a efecto más allá de las primeras 12 semanas de gestación.
- e. Al tratarse de un aborto con indicación eugenésica, la ley requería que dos especialistas, ajenos a la intervención y pertenecientes a un centro de salud acreditado, certificaran que el feto presentaba graves defectos físicos o mentales, y que la interrupción se practicara dentro de las primeras veintidós semanas de embarazo.

El médico que practicaba el aborto debía además notificar a las autoridades sanitarias de la Comunidad Autónoma correspondiente, las que a su vez debían informar a la Dirección General de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo, con el objeto de hacer un seguimiento de las intervenciones que se realizaban en España. La información entregada era de carácter confidencial.

¹²² QUERALT JIMENEZ, JOAN. op. cit. p. 36.

De dicha información emanan las cifras oficiales del Ministerio, según las cuales, el número de interrupciones voluntarias del embarazo desde que la Ley Orgánica 9/1985 entró en vigencia, ha ido aumentando en forma progresiva hasta superar las 100.000 anuales. En la siguiente tabla, podemos observar el total nacional de interrupciones voluntarias del embarazo realizadas en España entre los años 2000 y 2009, y la tasa por cada 1.000 mujeres entre 15 y 44 años, de acuerdo a las cifras entregadas por los centros que las han notificado a las autoridades correspondientes.¹²³

Año	Centros notificadores de I.V.E.	Total I.V.E.	Tasa por 1.000 mujeres
2009	141	111.482	11,41
2008	137	115.812	11,78
2007	137	112.138	11,49
2006	135	101.592	10,62
2005	134	91.664	9,60
2004	133	84.985	8,94
2003	128	79.788	8,77
2002	124	77.125	8,46
2001	121	69.857	7,66
2000	121	63.756	7,14

Como señalamos anteriormente, la gran mayoría de las interrupciones llevadas a cabo de acuerdo a la Ley 9/1985 se practicaba en clínicas privadas. Esto, por un lado, debido a la abstención por cláusula de conciencia de los médicos en los establecimientos públicos, pero principalmente, por su temor a las eventuales consecuencias penales que podría conllevar la práctica de este tipo de intervenciones, y la desprotección legal en la que quedaban los facultativos, lo que llevó a que los establecimientos públicos carecieran completamente de programas de planificación familiar y servicios de interrupción voluntaria del embarazo, limitándose a atender fundamentalmente abortos considerados de alto riesgo, más allá de las 12 semanas de embarazo, forzando a las mujeres a acudir al sistema privado de salud.

¹²³ MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD ESPAÑOL. Datos Estadísticos de Salud Pública. <<http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>>. [consulta: 02 de junio 2011].

De acuerdo a cifras oficiales del Ministerio de Sanidad español, alrededor del 97% de las intervenciones eran practicadas en clínicas privadas.¹²⁴

En relación a las causales con las que se fundaba la necesidad de interrumpir un embarazo, de las tres indicaciones admitidas en el artículo 417 bis (terapéutica, eugenésica y ética), la más frecuentemente invocada durante la vigencia de la norma fue la terapéutica. Se estima según cifras oficiales del Ministerio de Sanidad español, que del total de interrupciones voluntarias del embarazo practicadas, más del 95% estuvo fundada en la prevención de un riesgo a la salud física o psíquica de la madre gestante. Así lo demuestra el siguiente cuadro¹²⁵:

Año	Salud materna (%)	Riesgo fetal (%)	Violación (%)	Varios motivos (%)	No consta (%)
2009	96,74	2,98	0,02	0,27	0,00
2008	96,96	2,86	0,02	0,16	0,00
2007	96,93	2,91	0,01	0,15	0,00
2006	96,98	2,83	0,01	0,18	0,00
2005	96,68	3,16	0,01	0,15	0,00
2004	96,70	3,06	0,02	0,22	0,00
2003	96,89	2,83	0,02	0,26	0,00
2002	96,81	3,03	0,03	0,13	0,00
2001	97,16	2,53	0,09	0,22	0,00
2000	97,16	2,57	0,05	0,14	0,06

Dentro del total de abortos efectuados fundados en la indicación terapéutica, se estima que la gran mayoría correspondía a intervenciones realizadas para prevenir un riesgo en la salud psíquica de la madre¹²⁶, o al menos esa era la motivación argüida.

Para principios de la década de los 90, a pocos años de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 9/1985, muchos en España criticaban el carácter restrictivo de la

¹²⁴ [dem.]

¹²⁵ [dem.]

¹²⁶ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, JOSÉ LUIS. "La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX". Madrid, España. Siglo XXI de España Editores, Febrero de 1992. p. 240.

norma, basado en un régimen de regla-excepción¹²⁷, que si bien representó un avance para quienes abogaban por la despenalización del aborto, no logró solucionar muchos de los problemas vinculados a él antes de la promulgación de la norma, como por ejemplo, la enorme cantidad de mujeres que viajaban a otros países a practicarse abortos¹²⁸ (situación conocida como “turismo abortivo”), o la alta cifra de abortos practicados en forma clandestina, que, al ser realizados sin la vigilancia o supervisión de las autoridades respectivas y bajo condiciones de seguridad insuficientes, representaban un grave peligro para la salud y vida de las mujeres que se sometían a ellos. A pesar de esto, fueron muy pocos los casos de abortos clandestinos que llegaron a la justicia¹²⁹.

Hubo uno, sin embargo, de particular importancia. Se trata de una sentencia del Tribunal Supremo español de diciembre del año 1990, que por primera vez autorizó un aborto por motivos socioeconómicos en el país, luego de absolver a una mujer casada que había solicitado a un amigo médico que le practicara un aborto, luego de enterarse que se encontraba embarazada de su cuarto hijo. El Tribunal argumentó que si la mujer era forzada a dar a luz, y en atención a la precaria situación económica en que se encontraba la pareja, se estaría violando su derecho al libre desarrollo de su personalidad, tomando en consideración que ella y su marido no estaban en condiciones para sostener un hijo más, y que a causa de ello, la mujer estaba sufriendo física y psíquicamente¹³⁰.

Otro bullado caso, fue la denuncia hecha por agrupaciones católicas el año 2007 en contra de tres clínicas del grupo Ginemedex-TCB, en Barcelona, que habrían estado practicando abortos más allá de los plazos y circunstancias establecidas en la ley. El

¹²⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985. 18 de mayo de 1985. “El artículo 417 bis no contiene ni una legalización, ni una despenalización del aborto, sino la simple declaración de no punibilidad en determinadas conductas, manteniendo intacto el tipo delictivo del 411 del Código”. Voto en particular del Juez Francisco Tomás y Valiente, Fund. Nº 5.

¹²⁸ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, JOSÉ LUIS. op. cit., p. 83. “(...) entre Abril y Septiembre de 1983, 10.965 mujeres españolas interrumpieron su embarazo en el Reino Unido”.

¹²⁹ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, JOSÉ LUIS. *Ibidem.* p. 107.

¹³⁰ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 9102/1990. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España. 11 de diciembre de 1990.

director, su esposa, y varios de sus trabajadores han sido procesados, y la fiscalía solicita condenas de entre 50 y 300 años de prisión para los acusados¹³¹.

A raíz de estos antecedentes y de la fuerte influencia del movimiento despenalizador del aborto en otros países europeos en el último cuarto de siglo, distintos actores de la sociedad española se hicieron oír con el objeto de modificar la Ley Orgánica 9/1985, impulso que no vería frutos sino hasta el 3 de marzo de 2010, con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

4.1.2. LEY ORGÁNICA 2/2010

Impulsada por el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, y aprobada por el Congreso el 17 de diciembre de 2009 con 184 votos a favor y 158 en contra, comenzó a regir el 5 de Julio de 2010.

Si bien ha sido conocida como la “Ley de Aborto”, se trata de una disposición mucho más amplia que busca garantizar una serie de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva en concordancia con las recomendaciones hechas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Así lo explica la profesora María del Carmen Gómez:

“Es importante llamar la atención sobre su alcance, cuya vocación es, ante todo, la de presentarse como una ley integral que contemple el conjunto de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva. Desde ese contexto, la determinación de los márgenes de permisibilidad del aborto y la reforma de la sanción penal de los no comprendidos en él es tan sólo uno de sus aspectos, hasta el punto de que entre sus preocupaciones reconocidas se encuentra la de potenciar los mecanismos de prevención de su práctica”¹³².

¹³¹ GARCÍA, JESÚS. “El fiscal pide 309 años para el doctor Morín por un centenar de abortos ilegales”. [en línea]. Diario El País. 15 de septiembre de 2011. <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fiscal/pide/309/anos/doctor/Morin/centenar/abortos/ilegales/elpepusoc/20110915elpepusoc_8/Tes>. [Consulta: 29 de noviembre de 2011].

¹³² GÓMEZ RIVEROS, M^ª DEL CARMEN. “Título II. Del Aborto”. En GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. “Comentarios al Código Penal”. Valladolid, España. Lex Nova. Septiembre de 2010, p. 576.

Uno de los principales efectos de la Ley Orgánica 2/2010, es que introduce una modificación significativa en la naturaleza jurídica del aborto. “De ser una conducta despenalizada, pasa a convertirse en un derecho. En efecto, la anterior ley que regulaba el aborto lo configuraba como la despenalización de uno de los delitos contra las personas cuando concurrieran las indicaciones que esa misma ley establecía. La Ley Orgánica 2/2010, además de cambiar el nombre de “aborto” por el de “interrupción voluntaria del embarazo”, lo configura como un derecho”¹³³.

Regula en su Título II la interrupción voluntaria del embarazo, eliminando el anterior sistema de indicaciones, y estableciendo uno de *plazos con asesoramiento*¹³⁴, que incorpora por primera vez en la legislación española la posibilidad de abortar en forma libre, por mera solicitud de la madre encinta, siempre y cuando la intervención se practique dentro de las primeras catorce semanas de gestación. A su vez, mantiene las indicaciones terapéutica y eugenésica de la norma anterior, pero con algunas modificaciones que a continuación analizaremos en detalle.

El Título II, “de la interrupción voluntaria del embarazo”, se inicia con el artículo 12, que garantiza el acceso a la interrupción en las condiciones establecidas por la ley, declarando que la interpretación de dichas condiciones se hará de modo favorable en orden a proteger los derechos fundamentales de la mujer solicitante. Plasmando de esta forma los principios consagrados en diversos instrumentos internacionales que velan por la protección y promoción por parte de las autoridades, de derechos básicos de la mujer, como el derecho al libre desarrollo de su personalidad, a su intimidad, y a su integridad física y psíquica¹³⁵.

¹³³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ALEJANDRO. “Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. Nº 23, p. 6, año 2010.

¹³⁴ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. op. cit., p. 575.

¹³⁵ Como por ejemplo, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, China, del año 1995; Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) de Naciones Unidas, realizada en El Cairo en 1994; Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128 (INI)); y la Resolución 1607 de 2008, sobre “Acceso al aborto legal y seguro en Europa” de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Los siguientes artículos versan sobre los requisitos y causales para la interrupción voluntaria del embarazo, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 13. Requisitos comunes.

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero.—Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo.—Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero.—Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley.

Cuarto.—En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”¹³⁶.

Como vemos, el artículo 13 regula los requisitos comunes para llevar adelante la interrupción de un embarazo, y el 14 y 15, las causales para acceder a ella. Pasemos a analizar cada uno de esos artículos.

¹³⁶ LEY ORGÁNICA 2/2010, de “Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 4 de marzo de 2010. Sección I. pp. 21008 – 21009.

En relación a los requisitos comunes para la interrupción voluntaria del embarazo, el artículo 13 no difiere en demasía del inciso primero del antiguo artículo 417 bis del Código Penal. Ambos exigen que la intervención sea practicada por un médico especialista o bajo su dirección, en un establecimiento sanitario público o privado acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer gestante.

Agrega el artículo 13, como requisito, que las mujeres de 16 y 17 años prestarán su consentimiento según las normas de las mujeres mayores de edad, sin embargo, al menos uno de sus representantes legales deberá ser informado, salvo en los casos en que dicha información ponga a la menor en una situación de riesgo serio de ser víctima de violencia intrafamiliar o abandono.

En el proyecto original, la norma establecía que las menores podían acceder a un aborto sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, lo que generó discordia incluso dentro de los sectores que promovían la aprobación de la ley, por lo que se decidió modificarlo y exigir la referida información a los representantes legales de la menor.

En cuanto a las causales para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, la ley hace una distinción, por un lado, la interrupción a petición de la mujer, y por otro, la interrupción por causas médicas. Veamos cada una de ellas.

4.1.2.1. Interrupción del embarazo a petición de la mujer (artículo 14): La mujer encinta podrá solicitar la interrupción de su embarazo, siempre y cuando ésta se practique dentro de las primeras catorce semanas de gestación. El fundamento que la ley ha seguido para establecer dicho plazo, se explica en su preámbulo de la siguiente forma:

“El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 denomina

«autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución”¹³⁷.

Según Gómez Riveros, “La fijación de este plazo trata de inyectar como reconoce el preámbulo de la ley, seguridad jurídica en la práctica del aborto, evitando la incertidumbre a que a menudo daba lugar la regulación anterior, condicionada a la comprobación de una serie de indicaciones que, sobre todo la terapéutica, se había prestado a interpretaciones dispares en su aplicación práctica, hasta el punto de funcionar como un cajón de sastre al que reconducir sin límite temporal supuestos a veces más propios de una indicación social”¹³⁸.

Además, el artículo 14 establece dos requisitos para la práctica de la interrupción del embarazo:

- a. Información a la mujer embarazada: De acuerdo al artículo 17 de la ley, cuando una mujer manifiesta su intención de interrumpir su embarazo, se le hará entrega de un sobre cerrado que contendrá una serie de documentos con información relativa a la ayuda entregada por el Estado a las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; derechos laborales vinculados al embarazo, así como los beneficios fiscales dirigidos al cuidado y atención de los hijos; datos sobre centros de información relativa a métodos de anticoncepción y centros de asesoramiento para la mujer que decide interrumpir su embarazo. Además se le informará sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales, derivadas de la interrupción. Este requisito ha

¹³⁷ LEY ORGÁNICA 2/2010 de “Salud sexual y reproductiva...” cit. Preámbulo, II, Inc. 7°.

¹³⁸ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. ob. cit., p. 577.

sido criticado por no estar en sintonía con el espíritu de la norma. Así opina el profesor Queralt:

“Esta obligación a la introspección personal supone una injerencia por parte de los poderes públicos difícilmente aceptable en una democracia avanzada. Pero además resulta algo inútil, pues lo que la ley prohíbe no es la emisión de la decisión final por parte de la mujer pasado el término en cuestión, sino la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que tal plazo aumenta la desazón de la mujer en el trance que vive y no aumenta en nada ni su bienestar jurídico o emocional ni la seguridad jurídica del que la haya de practicar. Lo que sí, en cambio, hubiera sido un buen hallazgo legislativo hubiera sido la regulación –con sanción o no- de aquellos responsables públicos o médicos que pretendan, sean las que fueran sus razones, todas ilegales, dificultar la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, dilatando plazos o dificultando el tráfico de información; esta falta de previsión normativa pone de manifiesto el carácter más formal que material de la entrega a la mujer de la información preceptuada y del lapso temporal de reflexión¹³⁹”.

- b. Plazo de reflexión: La Ley 2/2010 establece un plazo de tres días para que la madre gestante tome su decisión a conciencia, de forma libre y con pleno conocimiento de sus consecuencias. Según Queralt:

“La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento

¹³⁹ QUERALT, JOAN. “La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010”. La Ley Penal. (81):12. Abril 2011.

antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer”¹⁴⁰.

La idea del plazo de reflexión está presente en otras legislaciones también, como la de Francia, según lo vimos en su momento.

4.1.2.2. Interrupción del embarazo por causas médicas (artículo 15): La Ley regula en este artículo, dos indicaciones que por sus características particulares requieren de un tratamiento diferenciado más allá de las primeras catorce semanas de gestación. Se trata de la indicación terapéutica y la eugenésica que sufren importantes modificaciones en comparación con la norma anterior. Estos supuestos, en palabras del profesor Queralt:

“Se gradúan de mayor a menor gravedad desde el punto de vista clínico, dotando de mayores requisitos la exención de tipicidad cuando mayor es el desarrollo del feto, erigiéndose *ex lege* el sistema sanitario en garante del interés social de la esperanza de vida que el *nasciturus* representa. Que la ley tilde de excepcionales estas causas no significa más que se añaden a la regla general de la solución del plazo, de hecho, tendrían cobertura dentro del estado de necesidad, pero el legislador, para dotar de mayor seguridad jurídica a la mujer, a los facultativos y garantizar adecuadamente la *spes vitae* típica estos supuestos, estadísticamente menos frecuentes; de ahí la excepcionalidad”¹⁴¹.

- a. Indicación Terapéutica: A diferencia de lo que ocurría con la Ley Orgánica 9/1985, la nueva ley establece en su artículo 15, un plazo máximo de veintidós semanas de gestación, para la interrupción de un

¹⁴⁰ LEY ORGÁNICA 2/2010 de “Salud sexual y reproductiva...” cit., preámbulo, II, Inc. 8°.

¹⁴¹ QUERALT, JOAN. “La regulación del aborto...” cit., p. 13.

embarazo cuando exista un grave riesgo para la vida y salud de la mujer encinta, plazo que constituye una innovación en materia de aborto terapéutico, puesto que, como vimos, la mayoría de las legislaciones no precisan espacio de tiempo alguno para su práctica, entendiéndose que puede llevarse a efecto en cualquier momento del embarazo.

Respecto a la comprobación del riesgo a la vida o salud de la mujer embarazada, el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010 requiere que éste sea acreditado por el dictamen de un médico distinto de aquél que practique o dirija la interrupción. En caso de urgencia, la norma establece que podrá prescindirse de dicho dictamen.

El fundamento de esta modificación radica en el espíritu del precepto, que busca equilibrar el respeto por los derechos fundamentales de la mujer encinta, con la protección de la vida en formación, considerando que, y de acuerdo al conocimiento científico acumulado a la fecha, a partir de la vigésimo segunda semana se alcanza el llamado “Umbral de la viabilidad fetal”, siendo el nasciturus susceptible de vida independiente¹⁴². Así lo explica el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010:

“A diferencia de la regulación vigente, se establece un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente”¹⁴³.

¹⁴² SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 18 de mayo de 1985.

¹⁴³ *Ibidem*, preámbulo, II, Inc. 9°.

El precepto, reconoce de esta forma, que durante el proceso de gestación existen diferentes estadios de protección del *nasciturus*, dependiendo de su cercanía al alumbramiento, de tal forma que al alcanzar la viabilidad extrauterina, no puede superponerse el interés de la madre por interrumpir el embarazo a la posibilidad de subsistencia del feto, salvo casos excepcionales. Aún así, y a pesar de la aparente claridad de la norma, hay quienes, como el profesor Queralt¹⁴⁴, han señalado que con posterioridad a las 22 semanas permanecería subsistente la posibilidad de practicar un aborto terapéutico amparado en la eximente de responsabilidad penal del estado de necesidad. Así explica el citado académico, el fundamento y el supuesto alcance de la disposición:

“El sistema de plazos parte de la base de que dentro de la vida prenatal existen señaladas diferencias en valoración social, y por tanto jurídica, atendiendo el desarrollo del embrión y la mayor o menor cercanía al nacimiento; dicho de otro modo, a partir del momento de una razonable viabilidad extrauterina, incluso con auxilio mecánico, superar las 22 semanas, salvo el caso de anomalías fetales incompatibles con la vida [art. 15 c) LO 2/2010], y del estado de necesidad (riesgo vital para la gestante de proseguir el embarazo), se erige como un punto de no retorno en el que el *nasciturus* goza de protección generalizada frente a la voluntad de la mujer”¹⁴⁵.

Y agrega:

“Que la ley tilde de excepcionales estas causas, no significa más que se añaden a la regla general de solución de plazos; de hecho, tendrían cobertura dentro del estado

¹⁴⁴ QUERALT JOAN. “La regulación del aborto...” cit.

¹⁴⁵ QUERALT, JOAN. “La regulación del aborto...” cit., p. 11.

de necesidad, pero el legislador, para dotar de mayor seguridad jurídica a la mujer, a los facultativos y garantizar adecuadamente la *spes vitae* tipifica estos supuestos, estadísticamente menos frecuentes; de ahí la excepcionalidad”¹⁴⁶.

Por el contrario, el plazo de 22 semanas ha sido criticado por los detractores de la norma, por considerar que constituye una ampliación del plazo de 14 semanas para el aborto voluntario, puesto que al estar fundado en un peligro para la salud de la mujer gestante, y dependiendo de la amplitud del criterio de interpretación, podrían ampararse bajo dicha causal situaciones de índole socioeconómica, como ocurrió con la ya comentada sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 1990¹⁴⁷. Así lo afirma el profesor González-Varas:

“Afirmar que una mujer puede solicitar la interrupción voluntaria del embarazo cuando exista grave riesgo para su vida o salud es prácticamente lo mismo que dejarlo libre durante ese período de tiempo. No es una conclusión forzada si tenemos que cuenta que “salud” significa, según la propia ley, “el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Estamos, por tanto, ante un término cuyo contenido rellena la mujer embarazada según estime oportuno. El establecimiento de esta primera indicación concluye en establecer un nuevo plazo, más dilatado que el general, para obtener de un modo voluntario y libre la práctica de un aborto”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ QUERALT, JOAN. *Ibidem*, p. 13.

¹⁴⁷ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 9102/1990. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España. 11 de diciembre de 1990.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ALEJANDRO. *op. cit.*, p. 11.

En este sentido, se le ha criticado a la norma una supuesta indeterminación en la regulación del aborto terapéutico al no delimitar con claridad los alcances conceptuales del término salud. Es así que el profesor Navarro-Valls¹⁴⁹ se pregunta si al hablar de “un riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada”, el precepto estaría contemplando la ausencia de “bienestar social” o “sociocultural”, como lo concibe la Organización Mundial de Salud, o se entiende que sólo hace referencia a un riesgo a la salud en su variable física y psíquica, como lo afirmara la Sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional¹⁵⁰.

- b. Indicación Eugenésica: El antiguo artículo 417 bis del Código Penal, permitía la interrupción del embarazo por indicación eugenésica dentro de las primeras veintidós semanas de gestación. La actual norma, en cambio, establece dos momentos distintos para su práctica:
- Dentro de las primeras veintidós semanas de gestación: Si de acuerdo al dictamen de dos médicos distintos de aquél que practica o dirige la interrupción, existe riesgo grave de anomalías en el feto.
 - Más allá de las primeras veintidós semanas de gestación: Si de acuerdo al dictamen de un médico especialista distinto de aquél que practica o dirige la interrupción se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida; y si se detecta en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable al momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

La ley además consagra en forma explícita el derecho de objeción de conciencia de los facultativos que intervienen en la interrupción del embarazo, en su artículo 19, salvando así las confusiones que se generaban en la aplicación de la norma anterior debido a la falta de una consagración clara y precisa de este derecho. La idea es velar por el respeto de los derechos del médico, sin desproteger ni afectar los de la mujer encinta.

¹⁴⁹ NAVARRA-VALLS, RAFAEL. “Análisis jurídico del Proyecto de Ley del aborto”. Madrid, España. Foro de la Sociedad Civil. Diciembre de 2009, pp. 22 y 23.

¹⁵⁰ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 18 de mayo de 1985.

La ley consagra este derecho de la siguiente forma:

“Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo”¹⁵¹.

Por último, hay que señalar que la Ley Orgánica 2/2010 introduce importantes modificaciones al Código Penal, entre ellas destacamos la de la disposición derogatoria única, que elimina el artículo 417 bis introducido por la Ley Orgánica 9/1985 y que consagraba las 3 antiguas indicaciones para la práctica de un aborto, y la primera de las disposiciones transitorias, que modifica el artículo 145 e introduce el 145 bis, que, en conjunto, establecen las sanciones para los casos de aborto que no se ajusten a la Ley.

De esta forma, el Código Penal español concibe aún el aborto como un delito, pero limitado a ciertas circunstancias, y ubicándolo en el Libro II de los “delitos y sus penas”, en su Título II “del aborto”, entre los artículos 144 y 146.

El artículo 144 castiga a quien practica un aborto a una mujer en contra de su consentimiento, o cuando éste es obtenido mediante engaño, amenaza o violencia, a penas que van de los 4 a 8 años de prisión, y a inhabilitación para ejercer cualquier profesión sanitaria de 3 a 10 años.

¹⁵¹ LEY ORGÁNICA 2/2010 de “Salud sexual y reproductiva...” cit., artículo 19 N°2 inciso 2.

El artículo 145 sanciona a quien practique un aborto, incluso con el consentimiento de la mujer, fuera de los casos permitidos por la Ley Orgánica 2/2010, y establece como agravante el haberlo realizado fuera de un centro acreditado. La persona que incurra en este tipo arriesga una pena de 1 a 3 años de prisión, y de 1 a 6 años de inhabilitación. Además, el artículo impone a la mujer que produzca su propio aborto o consiente en que otro se lo practique fuera de los casos establecidos en la ley, una multa de 6 a 24 meses. Por último, el artículo 145, establece como agravante el haber practicado el aborto más allá de las 22 semanas de gestación.

Por su parte, el artículo 145 bis sanciona con pena de multa de 6 a 12 meses de inhabilitación a quien practique un aborto sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa que exige la Ley; sin respetar el período de espera; sin contar con los dictámenes previos; y fuera de un establecimiento acreditado, considerando además como agravante el haberlo llevado a cabo pasadas las 22 semanas de gestación. Por último, deja en claro el artículo que la mujer que aborta bajo estas circunstancias no será merecedora de pena.

Finalmente, el artículo 146 castiga al que ocasione un aborto por imprudencia grave, con la pena de prisión de 3 a 5 meses, o multa de 6 a 10 meses, agregándose la pena de inhabilitación especial en los casos de imprudencia profesional. Como es de esperar, la norma exime de sanción a la mujer que sea víctima de este tipo de aborto.

4.1.3. FUNDAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010

La promulgación de la Ley Orgánica 2/2010 se concibe como un intento por superar los conflictos suscitados en la aplicación de la norma anterior e incorporar efectivamente en la legislación española, los principios desarrollados por diversos organismos internacionales, la doctrina y el derecho comparado europeo. En este sentido, el preámbulo de la propia ley nos da una visión bastante esclarecedora de los fundamentos que se tuvieron en cuenta a la hora de su redacción:

“En una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar

los derechos fundamentales de acuerdo con los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico. La experiencia acumulada en la aplicación del marco legal vigente, el avance del reconocimiento social y jurídico de la autonomía de las mujeres tanto en el ámbito público como en su vida privada, así como la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno, abogan por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico”¹⁵².

En cuanto a los problemas ocasionados durante la vigencia de la norma anterior, se le ha acusado de afectar la seguridad jurídica al no delinear con precisión el límite entre las conductas afectas a persecución penal de las que no lo están. El mismo preámbulo señala lo siguiente:

“A lo largo de estos años, la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado y que, en contra del fin de la norma, eventualmente han podido poner en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes precisamente depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción del embarazo”¹⁵³.

En este sentido, el profesor Queralt ¹⁵⁴, critica la regulación anterior por considerarla insuficiente a la hora de establecer los supuestos de atipicidad para la práctica de abortos. Por su parte, y con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, la autora Susana Huerta Tocildo cuestionaba el carácter punitivo de la normativa previa al afrontar el dilema del aborto bajo el siguiente tenor:

¹⁵² *Ibidem*, preámbulo, II, Inc. 4°.

¹⁵³ *Ibidem*, Preámbulo, II, Inc. 2°.

¹⁵⁴ QUERALT, JOAN. “La regulación del aborto...” cit., p. 8.

“No se cumplen finalidades de prevención general ni especial. La represión penal del aborto no cumple el fin de prevención general porque la conminación penal no es sentida socialmente con la suficiente fuerza como para motivar el respeto al bien jurídico, esperanza de vida; no hay que olvidar que en determinados estratos sociales el aborto empieza a ser un tema aceptado, se discute sobre su liberalización, lo que implica que no todo el mundo considera que se trate de un “crimen nefando” y que, por lo tanto, hay ya amplios sectores de la población que consideran la sanción innecesaria, inútil; no sintiéndose, por ello, motivados por su existencia. Pero es que, además, la amenaza penal resulta ineficaz, ya que debido al panorama comparatista en esta materia, se tiene la seguridad de que la pena por aborto puede evitarse mediante un simple desplazamiento a un país de legislación más permisiva”¹⁵⁵.

Dentro de los fundamentos de la ley, encontramos la Resolución 1607/2008 de la “Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa”, sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal en Europa, que establece una serie de principios y recomendaciones para los legisladores de los Estados miembros del Consejo de Europa en temas relacionados con el aborto, y que básicamente busca que los Estados, sin hacer del aborto un medio de planificación familiar, hagan todos los esfuerzos posibles para garantizar a las mujeres que se vean en la necesidad de interrumpir su embarazo, un acceso efectivo, seguro y de calidad a este tipo de intervenciones. En su segundo punto, la resolución expresa lo siguiente:

“En muchos de estos países se imponen numerosas condiciones que limitan el acceso efectivo a servicios de aborto sin riesgo, accesibles, aceptables y adaptados. Estas restricciones producen efectos discriminatorios, puesto que las mujeres bien informadas y con medios

¹⁵⁵ HUERTA TOCILDO, SUSANA. op. cit., p. 2.

financieros suficientes pueden a menudo recurrir más fácilmente al aborto legal y sin riesgo”¹⁵⁶.

Agrega la resolución en su punto tercero:

“No siempre se reúnen las condiciones para garantizar a la mujer el acceso efectivo a este derecho: la falta de estructuras de cuidados de proximidad, la falta de médicos que acepten practicar el aborto, las consultas médicas obligatorias repetidas, los plazos de reflexión y los plazos de espera para obtener un aborto son condiciones que pueden volver el acceso a servicios de aborto sin riesgo, accesibles, aceptables y adaptados, más difícil o incluso imposible de hecho”¹⁵⁷.

Más adelante, en el punto cuarto y en relación a la conveniencia o no conveniencia de prohibir el aborto, la resolución señala:

“La Asamblea considera que el aborto no debe estar prohibido dentro de unos plazos de gestación razonables. Prohibir el aborto no consigue reducir el número de abortos: conduce sobre todo a abortos clandestinos, más traumáticos, y contribuye al aumento de la mortalidad maternal y/o al desarrollo del “turismo del aborto”, una actividad costosa, que prorroga el momento del aborto y genera desigualdades sociales. La legalidad del aborto no tiene efecto sobre la necesidad de la mujer de recurrir al aborto, sino solamente sobre su acceso a un aborto sin riesgo”¹⁵⁸.

En el punto 7, la resolución elabora una serie de recomendaciones a los Estados miembros, que vemos claramente recogidas en la Ley Orgánica 2/2010. De ellas, destacamos las tres primeras, que versan de la siguiente forma:

¹⁵⁶ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. Resolution 1607/2008. Access to safe and legal abortion in Europe. Núm. 2.

¹⁵⁷ *Ibidem*, Núm. 3.

¹⁵⁸ *Ibidem*, Núm. 4.

“La Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa:

- 1) a despenalizar el aborto en los plazos de gestación razonables si aún no es así;
- 2) a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal;
- 3) a respetar la autonomía de elección de las mujeres y a ofrecer las condiciones de una elección libre e informada, sin promover especialmente el recurso al aborto”¹⁵⁹.

La resolución 1607/2008 sigue a su vez los lineamientos de diversos organismos de carácter internacional, que han abogado por la despenalización del aborto dentro de un plazo de tiempo razonable, garantizando su acceso en forma segura y bajo condiciones óptimas de sanidad, considerando que se trata de una medida destinada a proteger derechos fundamentales de las mujeres y que busca no promover su práctica, sino más bien, evitar la realización de abortos clandestinos, que ponen en riesgo la vida y salud de las mujeres¹⁶⁰.

Otra fuente de inspiración para la Ley 2/2010 ha sido la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985¹⁶¹, que, como lo mencionamos anteriormente, declaró inconstitucional un proyecto de ley que despenalizaba el aborto en determinadas circunstancias, elaborado en 1983, pero al mismo tiempo estableció una serie de principios al respecto que fueron acogidos con posterioridad por la jurisprudencia, y que se consideran el punto de partida a la hora de idear la Ley 2/2010. Así lo explica el preámbulo de la norma:

“Una de esas afirmaciones de principio es la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de

¹⁵⁹ *Ibidem*, Núm. 7.

¹⁶⁰ Véase artículo 12 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW); Observación General nº 28, comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 3 – La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000); Programa de Acción de la Comisión Interamericana de Población y Desarrollo (CIPD), párrafo 7.2 y 8.25.

¹⁶¹ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 18 de mayo de 1985.

regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos» (STC 53/1985). Pues si bien «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución» esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

La ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación.

La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada”¹⁶².

4.1.4. APLICACIÓN DE LA LEY

La ley comenzó a regir el 5 de julio de 2010, con duras críticas por parte de la Iglesia Católica, el Partido Popular y diversas agrupaciones autodenominadas “pro-vida”. Con anterioridad a su entrada en vigencia, el 1 de junio de 2010, el Partido Popular presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional solicitando que se suspendiera su aplicabilidad hasta la dictación de la respectiva sentencia. El recurso fue admitido a tramitación el 30 de junio, pero la solicitud de suspensión fue rechazada. De la misma forma, el Gobierno de Navarra y un grupo de organizaciones defensoras

¹⁶² LEY ORGÁNICA 2/2010 de “Salud sexual y reproductiva...” cit., Preámbulo, II, Inc. 5° a 7°.

del derecho a la vida interpusieron dos recursos más en contra de la ley ante el Tribunal Constitucional. De los tres recursos, sólo los del Partido Popular y el Gobierno de Navarra fueron admitidos a tramitación, sin embargo, a la fecha aún no son resueltos, y todo indica que no hay intención por parte del Tribunal Constitucional por revisarlos en lo inmediato¹⁶³, aún cuando en algún momento se señaló que la sentencia debía dictarse antes del mes de Marzo de 2012¹⁶⁴.

Al mismo tiempo, existían comunidades autónomas en las cuales derechamente no se practicaron abortos al entrar en vigor la ley, argumentando que todos los facultativos y trabajadores de sus centros asistenciales eran objetores de conciencia¹⁶⁵, obligando a las mujeres a trasladarse a otras comunidades para acceder a una interrupción del embarazo. En este sentido, y de acuerdo a un reportaje publicado en el diario “El País” el 16 de febrero de 2011, la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo, señaló que a siete meses de su entrada en vigor, “la nueva ley de aborto no ha cumplido con su objetivo de garantizar la igualdad de acceso a esta prestación en toda España, porque hoy existen 17 leyes del aborto, una por cada autonomía”¹⁶⁶, ésto, debido a que cada gobierno autonómico ha elaborado sus propios decretos de desarrollo de la ley, afectando la seguridad jurídica, precisamente uno de los objetivos que se tuvieron en cuenta en su génesis. Así se grafica esta situación en la nota de prensa:

“Cataluña, ha denunciado que se están practicando abortos
farmacológicos en los centros de Atención Primaria, sin estar acreditados

¹⁶³ CAÑAS, GABRIELA. “Aborto, no” [en línea] Diario El País en Internet. 2 de abril de 2012 <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/02/actualidad/1333354582_848911.html> [consulta: 11 de junio de 2012].

¹⁶⁴ COLPISA, M. “El TC prevé dictar sentencia sobre la ley del aborto en un año” [en línea] Diario de Navarra en Internet. 15 de febrero, 2011. <http://www.diariodenavarra.es/20110215/nacional/el-tc-preve-dictar-sentencia-ley-aborto_ano.html?not=2011021501595947&idnot=2011021501595947&dia=20110215&seccion=nacional&seccion2=tribunales&chnl=30> y BALÍN, M. “El TC resolverá en un año los recursos del PP al aborto y al matrimonio gay” [en línea] El Diario Montañés en Internet. 14 de junio, 2011. <<http://www.eldiariomontanes.es/v/20110215/nacional/destacados/resolvera-recursos-aborto-matrimonio-20110215.html>> [consulta: 10 junio 2011]

¹⁶⁵ SAHUQUILLO, MARÍA. “Ni un aborto más en Murcia” [en línea] Diario El País en Internet. 7 de Julio, 2010. <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/aborto/Murcia/elpepusoc/20100707elpepusoc_2/Tes> [consulta: 10 junio 2011].

¹⁶⁶ EFE, AGENCIA. “Las clínicas abortistas denuncian que hay 17 leyes del aborto, una por cada autonomía” [en línea] Diario El País en Internet. 16 de febrero, 2011. <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/clinicas/abortistas/denuncian/hay/leyes/aborto/autonomia/elpepusoc/20110216elpepusoc_12/Tes> [consulta: 10 junio 2011].

para ello, mientras que se exige a las mujeres el previo pago de la intervención. La norma obliga a las Administraciones autonómicas a suministrar la información preceptiva y algunas, como la andaluza, no han sido capaces de distribuir regularmente los sobres mientras que la "ideologización" de la documentación se observa en Madrid, donde culpabilizan a la mujer y la dirigen a organizaciones de signo claramente antielección. El tema de la confidencialidad también se ha complicado tremendamente con la nueva ley y en Cataluña, Valencia o Madrid la afectada queda identificada durante todo el proceso, y su intimidad, expuesta"¹⁶⁷.

Respecto a las cifras de abortos practicados a partir de la entrada en vigor de la ley 2/2010, a la fecha aún no existen datos oficiales, sólo estimaciones contradictorias de diferentes organizaciones ajenas al Ministerio de Sanidad español, como la misma Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo, que asegura que en los seis primeros meses desde la entrada en vigor de la modificación de la ley del aborto, el pasado 5 de julio, se está manteniendo el número de interrupciones voluntarias de embarazos (IVE) y, "en ningún caso, se está produciendo la "avalancha de casos" que preveía el Partido Popular"¹⁶⁸; o como las asociaciones Foro de la Familia y el Instituto de Política Familiar y Derecho a Vivir, de clara orientación católica, que han asegurado a su vez que "tras cumplirse seis meses de la entrada en vigor de la Ley sobre Salud Sexual e Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), los abortos han aumentado"¹⁶⁹.

Tampoco han estado ausentes los casos polémicos que han puesto en duda la efectividad de la norma, como el caso de una menor de doce años que presentó un embarazo fruto de una violación, y del cual tomó conocimiento una vez vencidos los

¹⁶⁴ C., E. "El número de abortos se mantiene "sin avalanchas" seis meses después de aprobarse la ley" [en línea] El Confidencial en Internet. 10 de enero, 2011 <<http://www.elconfidencial.com/salud/numero-abortos-mantiene-20110110.html>>. [consulta: 10 junio 2011].

¹⁶⁸ C., E. Ídem.

¹⁶⁹ DIARIO EL CONFIDENCIAL. "Aumenta el número de abortos en el segundo semestre del 2010, según asociaciones pro vida". [en línea]. El Confidencial en Internet. 08 de enero de 2011. <<http://www.elconfidencial.com/sociedad/asociaciones-provida-avisar-abortos-aumentado-segundo-20110108-73337.html#>>. [consulta: 15 junio 2011].

plazos establecidos en la ley para su interrupción, por lo que la menor tendrá que dar a luz de todas formas, aún cuando dicho embarazo ponga en riesgo su vida o salud.

Ante esta situación, muchos han señalado la necesidad de modificar la norma y eliminar el plazo de veintidós semanas para los casos en que el embarazo ponga en riesgo la vida o la salud de la madre encinta, como ocurre en los demás países europeos, en que ante tal eventualidad no existe plazo alguno para la interrupción.

A pesar de todos estos antecedentes nos parece aún temprano para evaluar la efectividad de la norma en su aplicación, puesto que no contamos con cifras y datos estadísticos oficiales que nos den luces de la situación del aborto en España bajo la vigencia de la ley 2/2010. En cuanto dichos datos estén disponibles, sin duda que generarán una ardua discusión, dada la agitada situación política que vive el país en la actualidad, y sobre todo considerando las dificultades que ha tenido que enfrentar la norma desde su puesta en marcha. Por su parte, el gobierno del Presidente Mariano Rajoy, tal y como fue anunciado en el programa electoral del Partido Popular¹⁷⁰, ya ha manifestado su intención de elaborar una reforma a la Ley Orgánica 2/2010, con la intención de establecer un sistema de indicaciones restrictivo similar al existente con anterioridad a la promulgación de la referida Ley¹⁷¹

Como sea, la Ley Orgánica 2/2010, representa un hito histórico para los partidarios del derecho de las mujeres a decidir respecto a su maternidad en España, y en lo que concierne a la presente investigación, su regulación sobre el aborto terapéutico, que incorpora el elemento del plazo de veintidós semanas, sin duda merece una especial atención a la hora de buscar un modelo para elaborar un proyecto de regulación en nuestro país.

4.2. ESTADOS UNIDOS

¹⁷⁰ DIARIO EL PAÍS. "El líder del PP derogará la ley del aborto para volver a la del 85" [en línea] El País en Internet. 05 de abril, 2011. <http://www.elpais.com/articulo/espana/lider/PP/derogara/ley/aborto/volver/85/elpepiesp/20110405/elpepinac_7/Tes> [consulta: 10 julio 2011].

¹⁷¹ DE QUEROL, RICARDO. "El Gobierno reformará la ley del aborto y sugiere un regreso al modelo de 1985" [en línea] Diario El País en Internet. 25 de enero de 2012 <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/01/25/actualidad/1327486130_332827.html> [consulta: 11 de junio de 2012].

Al igual que con España, dedicaremos un apartado especial al caso estadounidense, debido a las particularidades que ofrece el tratamiento que da su ordenamiento jurídico, y la influencia que han ejercido en el derecho constitucional las decisiones de la Corte Suprema al respecto.

El principal hito en la regulación del aborto en Estados Unidos, es la Sentencia de la Corte Suprema “*Roe vs. Wade*” de 1973, que estableció una serie de limitaciones a las regulaciones emanadas de los estados en materia de aborto, y reconoció el derecho de toda mujer a practicarse uno, declarando que dicho derecho deriva de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que consagra en su cláusula de “Debido Proceso” el Derecho a la Privacidad.

A continuación analizaremos la evolución de la regulación del aborto en los Estados Unidos.

4.2.1. SITUACIÓN PREVIA A ROE VS. WADE

Con anterioridad a la Guerra de Independencia, regían en las colonias británicas de América las normas del derecho anglosajón (*common law*). De acuerdo a ellas, el aborto se consideraba un delito si se llevaba a efecto luego de que la madre sintiera los primeros movimientos dentro de su vientre (momento conocido como *quickening*). Desde ese instante, que según el Diccionario Legal de John Bouvier va variando dependiendo de la mujer, pero que usualmente ocurre entre la decimoquinta y decimosexta semana de embarazo¹⁷², el derecho anglosajón entendía que se iniciaba la vida y por ende su protección legal. Así queda de manifiesto en los Comentarios sobre las leyes de Inglaterra del jurista William Blackstone, que define el derecho a la vida como “un derecho inherente por naturaleza, de cada individuo; y que comienza de acuerdo a la ley, tan pronto el bebé es capaz de moverse en el útero de la madre”¹⁷³. Cualquier intervención realizada con anterioridad a ese instante, no constituía para la ley delito alguno.

¹⁷² BOUVIER, JOHN, “John Bouvier’s Law Dictionary”. 6º Edición, Philadelphia, Estados Unidos. Deacon & Peterson, Printers. 1856. Vol. II, pp. 415, 416.

¹⁷³ BLACKSTONE, WILLIAM. “Commentaries on the law of England” (I). Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893. p. 97.

Luego de la Independencia, las normas del *common law* mantuvieron su vigencia en los nuevos estados, perviviendo así el criterio anglosajón que consideraba punible todo aborto llevado a cabo después del *quickening*. El derecho en aquel entonces concebía al no nacido como persona para efectos de su protección legal, y es por eso que, al no existir herramientas médicas que permitieran comprobar un embarazo previo a los primeros movimientos del feto, dicha protección legal, se iniciaba en el instante del *quickening*¹⁷⁴.

Las primeras normas relativas al aborto promulgadas en Estados Unidos, datan de entre 1820 y 1840. Primero fue Connecticut en 1821, luego Illinois en 1827 y Nueva York en 1828. Todas estas normas, inspiradas en el derecho anglosajón, penalizaban la práctica del aborto después del *quickening*.

Con el transcurso de los años, y a medida que la embriología daba sus primeros pasos, el concepto de *quickening* comienza a quedar obsoleto. En 1843, el doctor Martin Berry descubre que la concepción ocurre en el momento en que un espermatozoide fecunda el óvulo, mucho antes de que el feto sea capaz de moverse dentro del útero¹⁷⁵. Lo anterior motivó a los médicos a oponerse férreamente al aborto, y a desarrollar actividades a nivel político (principalmente desde la Asociación Médica Americana) con el objeto de modificar las normas y lograr que se considerara un crimen¹⁷⁶. Además se iniciaron campañas tendientes a informar a la población al respecto, pues, a pesar de los descubrimientos científicos, persistía en la ciudadanía la idea de que la vida se iniciaba con los primeros movimientos del feto dentro del útero, por lo que la interrupción de un embarazo previo a ese instante, no era percibida como un delito por la población.

¹⁷⁴ SIMON, RITA J. "Statues, policies, and public attitudes the world over". Westport, Connecticut. Praeger. 1998, p. 2.

¹⁷⁵ LUGOSI I. CHARLES. "When abortion was a crime: a historical perspective". University of Detroit Mercy Law Review. Vol. 83:51., p. 64, 65. 2006.

¹⁷⁶ FRÉDRICK N., DYER. "Horatio Robinson Storer, M.D. and the physicians' Crusade against abortion 4". [en línea]. <<http://www.uffl.org/vol%209/dyer9.pdf>>. [consulta: 30 de noviembre de 2011].

Al mismo tiempo, y por muy extraño que parezca en la actualidad, los movimientos feministas de la época, también se oponían tenazmente al aborto ¹⁷⁷, pues consideraban que su práctica estaba íntimamente ligada con la violencia sexual ejercida por los hombres en contra de sus esposas, que luego de quedar embarazadas, eran forzadas a abortar. El aborto era visto como el resultado de una serie de abusos y agresiones en contra de la libertad sexual de las mujeres, por lo que, para las primeras feministas, su permisión no significaba otra cosa que la legitimización de estas prácticas ¹⁷⁸.

Por otro lado, existía el temor de que las nuevas oleadas de inmigrantes católicos que arribaron al país durante el siglo XIX, superaran en número a la población tradicional Anglosajona protestante, cuyas mujeres eran las que con mayor frecuencia solicitaban la práctica de abortos ¹⁷⁹.

Es así, como a partir de 1860, los distintos estados comenzaron a promulgar normas que prohibían el aborto. Para el año 1900, todos los estados lo criminalizaban, aún cuando lo permitieran en determinadas circunstancias. Del total de estados, 41 lo permitía en los casos en que la continuación del embarazo pusiera en riesgo la vida de la madre, y el resto, además, cuando atentara en contra de la salud física de la mujer encinta ¹⁸⁰.

A pesar de la criminalización, el aborto era comúnmente practicado en forma ilegal en todo el territorio bajo condiciones inseguras y llevado a cabo por personas sin la calificación necesaria. Muchas veces terminaba ocasionando problemas médicos de gravedad o simplemente la muerte de las mujeres que solicitaban su práctica.

La práctica de abortos ilegales se extendió ampliamente durante la primera mitad del siglo XX, al tiempo que la población horrorizada iba tomando conocimiento de la cantidad de complicaciones y muertes ocasionadas debido a esta situación. Muchas

¹⁷⁷ LUGOSI I. CHARLES. op. cit., p. 67.

¹⁷⁸ SERRIN M.. FOSTER. "The feminist case against abortion". [en línea] <<http://www.feministsforlife.org/news/commonw.htm>> [consulta: 30 noviembre 2011].

¹⁷⁹ FREDRICK N. DYER. Ob. Cit., p. 20.

¹⁸⁰ UNITED NATIONS. Abortion Policies. A Global Review. [en línea] United States. <<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>> [consulta: 04 julio 2011]

mujeres, debido al temor de ser descubiertas, optaban por practicarse abortos ellas mismas, en secreto y con métodos caseros aún más riesgosos. El símbolo de estas prácticas, fue el gancho de ropa (*coat hanger*), que era introducido en el útero con el objeto de eliminar al feto, pero que en numerosas ocasiones, terminaba provocando hemorragias severas, infecciones, daños irreversibles, e incluso la muerte de la mujer embarazada. A veces el feto sobrevivía al intento de aborto, pero nacía con graves malformaciones¹⁸¹.

Para la década de 1960, fueron muchas las voces que se alzaron con el objeto de revertir esta situación, exigiendo cambios en la normativa vigente tendientes a afrontar la oculta realidad del aborto. Hubo agrupaciones de activistas que incluso ofrecían practicar en forma clandestina abortos seguros a aquellas mujeres que no podían acceder a ellos por razones socio-económicas, pues, tal y como ocurre en la mayoría de los países en que se penaliza el aborto, las mujeres de altos recursos que deseaban interrumpir un embarazo, podían fácilmente acceder en forma ilegal a un médico particular que, cobrando una elevada suma de dinero, proporcionaba un aborto en condiciones óptimas de salubridad, seguridad y discreción. La cifra de abortos ilegales se incrementó considerablemente, estimándose que se practicaba un aborto por cada 4 partos, siendo el aborto la actividad criminal más usual después del juego y el narcotráfico¹⁸².

Tal vez el hito más importante previo a la sentencia *Roe vs. Wade*, fue la sentencia de la Corte Suprema *Griswold vs. Connecticut*, que con un voto mayoritario de siete contra dos, revocó una norma del año 1879 que prohibía el “uso de cualquier droga o artículo destinado a prevenir la concepción”, sosteniendo que el derecho a la privacidad abarca la relación marital, y supera cualquier legítimo interés que pueda

¹⁸¹ FIELDING, WALDO L. “Repairing the damage, before Roe” [en línea] The New York Times en Internet. 03 de junio, 2008. <<http://www.nytimes.com/2008/06/03/health/views/03essa.html>> [consulta: 20 junio 2011]. En este sentido, el destacado ginecólogo Fielding, da luces de los métodos utilizados con anterioridad a la sentencia *Roe vs. Wade*. El médico describe cómo durante sus 38 años de carrera, debió atender a mujeres que se habían practicado abortos con todo tipo de objetos caseros, como agujas, palillos para tejer, botellas quebradas, etc. Además relata las diversas complicaciones que debió tratar, a causa de este tipo de maniobras.

¹⁸² RHODE, DEBORAH L. “Justice and gender: sex discrimination and the law”. Estados Unidos. Harvard University Press. 1989. p. 207.

tener un estado, en prevenir actos de inmoralidad sexual¹⁸³. La trascendencia de esta sentencia, radica en que reconoció el derecho constitucional a la privacidad extendiéndolo al ámbito de la procreación. Si bien en este caso el argumento sólo se aplica a las parejas casadas, en sentencias posteriores, la Corte decidió extender los efectos del fallo a personas que no se encontraban casadas, como en *Eisenstadt vs. Baird* de 1972, en que el juez Brennan, en nombre de la Corte aclaró el sentido de las decisiones anteriores de la siguiente forma:

“Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a no sufrir intromisiones del gobierno en materias que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o de tener a un hijo”¹⁸⁴.

Paralelamente a este desarrollo doctrinario de la Corte Suprema, que llevaría en 1973 a la sentencia *Roe vs. Wade*, diversos estados comenzaron a promulgar normas que despenalizaban el aborto en forma amplia o restringida. El primero de ellos fue Colorado, que en 1967, legalizó el aborto en caso de violación, incesto y cuando la madre corriera el riesgo de quedar con alguna discapacidad física a causa del embarazo. Posteriormente, le siguieron los estados de California, Oregon y Carolina del Norte, con normas similares. En 1970, el estado de Nueva York promulgó una ley que legalizó la práctica de abortos hasta la semana veinticuatro, siendo imitada en Hawaii, Alaska y Washington.

En relación al aborto terapéutico, en 1971, en el Distrito de Columbia, un médico de nombre Milan Vuitch, fue demandado por practicar abortos fuera de los márgenes permitidos por la ley del distrito. Según ésta, el aborto estaba prohibido salvo en los casos en que estuviera en riesgo la vida o salud de la mujer gestante. El demandado alegó que la norma era demasiado vaga, pues no especificaba qué se entendía por

¹⁸³ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Griswold vs. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965).

¹⁸⁴ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U.S. 453 (1972). En: DWORKIN, RONALD. “El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”. Barcelona, Editorial Ariel, 1994. pp. 232 y ss.

salud, por ende, una eventual condena violaría el debido proceso al no contar la ley con la especificidad necesaria, en concordancia con los principios del derecho penal¹⁸⁵.

El caso llegó a la Corte Suprema, que consideró que la norma se ajustaba a derecho y no contrariaba el debido proceso, ya que el alcance de la palabra salud había sido precisado anteriormente por otras cortes, entendiéndose que comprendía no sólo la salud física, sino también, la psicológica¹⁸⁶.

Por otro lado, es importante destacar, que si bien el aborto antes de la década de 1960 estaba prohibido en el país, todos los estados contemplaban excepciones para permitir su práctica, ya sea, para salvar la vida de la mujer gestante, o para prevenir un riesgo en su salud física o psíquica a causa del embarazo.

4.2.2. ROE VS. WADE

El 22 de Enero de 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió su fallo en el caso *Roe vs. Wade*. Esta sentencia es el hito más importante en cuanto a la regulación del aborto en el país, ya que consagra en todo el territorio el derecho de las mujeres a abortar.

El fallo establece un sistema de plazos trimestral, según el cual, se prohíbe a los estados penalizar de cualquier forma el aborto dentro del primer trimestre; a partir del segundo trimestre, la sentencia permite a los estados regular el procedimiento de aborto, siempre y cuando dicha regulación tenga por objeto preservar y proteger la salud materna; y desde el tercer trimestre de embarazo, una vez que el feto es viable, se permite a los estados regular e incluso proscribir el aborto, salvo cuando su práctica sea necesaria para preservar la vida o salud de la madre¹⁸⁷.

4.2.2.1. DESARROLLO DEL CASO

¹⁸⁵ GREENHOUSE, LINDA. "Dr. Milan Vuitch, 78, fighter for abortion rights". [en línea]. The New York Times en Internet. 11 de abril de 1993. <<http://www.nytimes.com/1993/04/11/obituaries/dr-milan-vuitch-78-fighter-for-abortion-rights.html?scp=2&sq=united%20states%20vs%20vuitch&st=cse>>. [consulta: 01-12-2011].

¹⁸⁶ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "United States vs. Vuitch". 402 U.S. 62 (1971).

¹⁸⁷ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

En 1969, una joven de veintiún años del estado de Texas, de nombre Norma McCorvey, descubrió que estaba embarazada. Con dos hijos a cuestas, y sin tener los medios necesarios para seguir adelante con el embarazo, intentó practicarse un aborto. Las normas del estado de Texas (en concreto, el artículo 1196 del Código Penal), prohibían todo tipo de aborto, salvo cuando la vida de la madre estaba en peligro, y en los casos de violación e incesto, por lo que la joven alegó haber sido víctima de un ataque sexual. Aún así, al no haber denuncia policial ni evidencia alguna que confirmara su versión, le fue negada la posibilidad de llevarlo a cabo. La mujer intentó acudir a una clínica clandestina, sin embargo ésta se encontraba clausurada por orden de las autoridades.

Al no tener otra alternativa, la mujer decidió continuar con el embarazo y dar el bebé en adopción al momento de nacer, así conoció a un abogado dedicado a las adopciones, que le presentó a Sarah Weddington y Linda Coffee, dos jóvenes abogadas recién egresadas de la Universidad de Texas que buscaban una mujer con la necesidad de practicarse un aborto, pero que no tuviera la real intención de llevarlo a cabo, para actuar como demandante en un caso que en definitiva sería fallado después del alumbramiento.

Norma McCorvey aceptó, y actuó como demandante manteniendo su identidad en secreto, bajó el seudónimo de “Jane Roe”. La demanda se dirigió en contra del Fiscal de Distrito del Condado de Dallas, Texas, Henry Wade. El Tribunal del distrito falló en favor de la demandante, la sentencia fue apelada, y el caso se llevó a la Corte Suprema de Estados Unidos.

La Corte, emitió su decisión el 22 de Enero de 1973, marcando un antes y un después en la normativa aplicable al aborto en los Estados Unidos. Una vez pronunciado el fallo, quedaron invalidadas en forma inmediata las normas relativas al aborto, en 31 estados¹⁸⁸.

¹⁸⁸ WEAVER, WARREN Jr. “National Guidelines Set by 7-to-2 Vote; High Court Backs Abortions in First Three Months”. [en línea] The New York Times en Internet. 23 de enero, 1973. <<http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F1071FFD3E551A7493C1AB178AD85F478785F9&scp=7&sq=Rehnquist+Jan+22&st=p>> [consulta: 20 junio 2011]

El resultado de la votación, fue de siete contra dos, y curiosamente, de los cuatro Jueces designados por el Presidente de la época Richard Nixon (opositor al aborto), tres fueron parte del voto mayoritario, y sólo uno, el Juez Rehnquist, emitió un voto disidente¹⁸⁹.

Si bien la demandante siguió sosteniendo la versión de que su embarazo había sido producto de una violación (cuestión que años más tarde desmintió), los Jueces no tomaron en consideración esta circunstancia, es más, en ninguna parte de la sentencia se menciona la palabra “violación”¹⁹⁰. Tampoco las abogadas patrocinantes destacaron esta situación en su argumentación, puesto que su objetivo era que la Corte Suprema legalizara el aborto en todos los casos y no sólo cuando el embarazo haya sido producto de un ataque sexual.

Norma McCorvey, lógicamente no pudo esperar el resultado de la sentencia para practicarse un aborto, por lo que dio a luz a su hija, mucho antes de que la Corte emitiera el fallo, y la entregó en adopción. Mantuvo en secreto su identidad, hasta que decidió darse a conocer públicamente en la década de 1980 para formar parte de grupos activistas favorables al aborto. De ahí en adelante fue constantemente objeto de hostigamiento, amenazas y violencia. Trabajó en una clínica abortiva e incluso escribió un libro basado en su experiencia de vida como símbolo del aborto en Estados Unidos, hasta que, en 1995, y tras entablar amistad con el pastor de la organización pro-vida *Operation Rescue Philip Benham*, se convierte al Cristianismo y declara en Televisión Abierta que se opone absolutamente al aborto.

La mujer ha señalado sentirse usada tanto por los sectores “pro-elección” como por los “pro-vida”, que le han dado a ella un protagonismo excesivo, con el objeto de brindarle mayor sustento a sus posturas. Así queda graficado en sus propias palabras en una entrevista concedida al diario New York Times: “No sé si yo debiera ser el tema en cuestión. El aborto es el tema. Yo ni siquiera me practiqué un aborto”¹⁹¹.

¹⁸⁹ WEAVER, WARREN Jr. op. cit., [consulta: 20 junio 2011]

¹⁹⁰ USSCJ. *Roe vs. Wade*. cit.

¹⁹¹ NAPIKOSKI, LINDA. “Norma McCorvey, The Woman Who Was Jane Roe” [en línea] <http://womenshistory.about.com/od/abortionus/a/norma_mccorvey.htm> [consulta: 20 junio 2011]

4.2.2.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DE ROE VS. WADE

Como señalamos en su momento, en *Roe vs. Wade*, la Corte extendió el argumento utilizado en *Griswold vs. Connecticut* sobre privacidad y libertad reproductiva, al derecho de toda mujer a elegir en cuanto a la continuación de un embarazo. Esta extensión argumentativa ha sido duramente criticada por los opositores al aborto, que la han considerado antojadiza y poco consistente. Sus defensores en cambio, apelan a que en ambas situaciones se está frente a un campo reservado a la intimidad de las personas en el cual los estados no debiesen inmiscuirse. Ronald Dworkin lo expresa de la siguiente forma:

“Las decisiones relativas al aborto, son al menos tan privadas como aquellas concernientes a la contracepción; En efecto, incluso lo son más, debido a que la decisión del aborto envuelve el control de una mujer no sólo de sus relaciones sexuales sino de los cambios dentro de su propio cuerpo, y la Corte Suprema ha reconocido de varias formas la importancia de la integridad física”¹⁹².

La sentencia, cuya opinión mayoritaria fue redactada por el juez Harry Blackmun, establece un sistema de plazos, que prohíbe a los estados promulgar leyes que penalicen el aborto dentro de los dos primeros trimestres. En palabras de Ronald Dworkin:

“La sentencia del juez Blackmun en *Roe vs. Wade* declaró que una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a la privacidad en materia de procreación, y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden en favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un estado para anular este derecho criminalizando el aborto no constituían razones imperativas durante los dos

¹⁹² SHAPIRO, IAN. “Abortion: The Supreme Court Decisions: 1965-2000”. Indianapolis, Estados Unidos. Hackett Publishing Company. 2ª Edición, 2001. pp. Xxiv.

primeros trimestres de embarazo, y concluyó que un estado no podía prohibir el aborto durante ese período”¹⁹³.

Este derecho constitucional a la privacidad, emana, de acuerdo al fallo, de la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, que exige a los estados actuar racionalmente cuando se intente restringir la libertad de los ciudadanos. “Los estados no pueden limitar la libertad de las personas de un modo arbitrario o caprichoso, sino únicamente por alguna razón: para promover algún objetivo que los estados puedan perseguir legítimamente”¹⁹⁴. En opinión de la Corte, este derecho a la privacidad tiene el carácter de fundamental, y es “lo suficientemente amplio como para comprender la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo”¹⁹⁵, y agrega lo siguiente:

“La maternidad, o un hijo adicional, puede provocar en la mujer, una vida o futuro angustiante. El daño psicológico puede ser inminente. La salud física y mental puede verse mermada a causa del cuidado del niño. Existe también angustia asociada al nacimiento de un hijo no deseado, y está el problema de traer un niño a una familia incapaz de hacerse cargo de él. En otros casos, como en éste, se agregan las dificultades adicionales asociadas al estigma de la madre soltera. Todos éstos, son factores que la mujer y su médico responsable necesariamente considerarán en la consulta”¹⁹⁶.

Aún así, a juicio de la Corte, el derecho a la privacidad no es absoluto, y reconoce ciertas limitaciones. En este sentido, la sentencia dispone lo siguiente:

“Cierta regulación estatal en áreas protegidas por este derecho es apropiada (...) Un estado perfectamente puede reivindicar su interés en el resguardo de la salud, el mantenimiento de los estándares médicos de calidad, y en proteger la vida en potencia. En cierto punto del embarazo,

¹⁹³ DWORKIN, RONALD. op cit. p. 140.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Roe vs. Wade*.

¹⁹⁶ *Ibidem*. (Considerando VIII)

estos intereses se vuelven lo suficientemente imperativos como para promover una regulación de los factores que determinan la decisión de abortar. (...) El derecho a la privacidad personal incluye la decisión de abortar, pero este derecho no es ilimitado, y debe ser contrastado con los intereses que regula el estado”¹⁹⁷.

De esta forma, la sentencia reconoce por un lado el derecho a la privacidad de la mujer y por el otro, el interés del estado en proteger su salud y la vida en potencia, intentando sopesar estos intereses o razones imperativas (*compelling*), mediante el establecimiento de puntos indicadores dentro de los nueve meses de embarazo (*compelling points*). De aquí emana entonces el sistema de plazos trimestral ideado por la Corte en *Roe vs. Wade*. A continuación un extracto de la sentencia que explica con claridad el mecanismo trimestral que establece:

“El Estado tiene un importante y legítimo interés en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada, sea o no residente, así como también posee otro importante y legítimo interés en proteger la vida humana en potencia. Estos intereses son distintos y separados. Van adquiriendo consistencia a medida que la mujer se acerca al alumbramiento y, en algún punto del embarazo, ambos se hacen “imperativos” (“*compelling*”).

Con respecto al importante y legítimo interés del Estado en la salud de la madre, el punto “imperativo” (*compelling point*), a la luz del conocimiento médico actual, se encuentra aproximadamente al final del primer trimestre. Esto, de acuerdo a la certeza médica según la cual, antes del primer trimestre de embarazo la mortalidad por aborto es menor que la mortalidad por parto normal. En consecuencia, a partir de este punto, un Estado puede regular el procedimiento de aborto en la medida que dicha regulación se relacione razonablemente con la preservación y protección de la salud materna. Ejemplos de regulación estatal permitida en esta área son los requerimientos profesionales exigidos a la persona que realiza un

¹⁹⁷ Ídem.

aborto; la licencia de dicha persona; las instalaciones en que el procedimiento será practicado, esto es, si se realizará en un hospital, en una clínica o en otro recinto; la regulación de dichas instalaciones; y semejantes.

Esto significa, por otro lado, que, durante el período de embarazo anterior a este punto “imperativo”, el médico tratante, con la aprobación de su paciente, tiene plena libertad para determinar, sin regulación por parte del Estado y de acuerdo a su criterio médico, si el embarazo de la paciente debe ser interrumpido. Si se opta por hacerlo, la decisión de abortar es totalmente libre, sin interferencia del Estado.

Con respecto al importante y legítimo interés del Estado en la vida en potencia, el punto “imperativo” corresponde a la viabilidad (tercer trimestre). Esto, debido a que el feto presumiblemente tiene la capacidad de sustentar la vida fuera del útero de la madre. La regulación estatal que protege la vida fetal después de la viabilidad tiene, de este modo, justificaciones tanto lógicas como biológicas. Si el Estado está interesado en proteger la vida fetal después de la viabilidad, puede llegar incluso a prohibir el aborto durante dicho período, excepto cuando sea necesario para preservar la vida o salud de la madre”¹⁹⁸.

La Corte centró su argumentación en el derecho a la privacidad, y declinó referirse a la clásica controversia relativa al momento en que se inicia la vida, señalando lo siguiente:

“No necesitamos resolver la difícil interrogante de cuándo comienza la vida. Cuando aquéllos entrenados en las respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología son incapaces de llegar a un consenso, la judicial, en este punto del desarrollo del conocimiento humano, no está en posición de especular una respuesta”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ *Ibidem.* (Considerando X)

¹⁹⁹ *Ídem.*

Aún cuando *Roe vs. Wade*, representa un hito histórico en la regulación del aborto en Estados Unidos, hay autores que si bien defienden el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo, consideran que la fórmula judicial con que el país ha zanjado el tema, resulta equívoca y en definitiva perjudicial para este derecho. Entre ellos encontramos al profesor Robin West, quien opina que lo que la Corte Suprema creó en *Roe vs. Wade*, no es un derecho legal al aborto, sino más bien un derecho negativo en contra de la criminalización del aborto en determinadas circunstancias, y que para contribuir en forma significativa a la equidad de género y la libertad de la mujer, un derecho al aborto legal debe significar mucho más que un derecho a no estar sometido a una legislación moralista que interfiera con el derecho contractual a obtener uno. Debe garantizar su acceso. Para ello, resultaría mucho más conveniente seguir el camino de la persuasión política a través de las legislaturas estatales, que la interpretación judicial de la Corte Suprema²⁰⁰.

4.2.2.3. DOE VS. BOLTON

Otra sentencia relevante y tal vez más atingente a la presente investigación, es *Doe vs. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), dictada el mismo día que *Roe vs. Wade*. En ella, se invalida una ley del Estado de Georgia que permitía el aborto sólo en determinados casos (cuando la vida de la madre corría riesgo; cuando el embarazo era producto de una violación o incesto; y cuando el feto presentaba serias anomalías). Además, la norma establecía una serie de requisitos procedimentales que, en la práctica, llevaban a que muy pocas mujeres pudieran acceder a un aborto. Dentro de estos requisitos, se exigía acreditación del hospital, la aprobación de un comité especial, el acuerdo de dos doctores, y residencia dentro del Estado de la mujer que solicita el aborto.

La demandante en el caso, Mary Doe (seudónimo utilizado para proteger su identidad), tras enterarse de su embarazo, fue informada de que éste era riesgoso y podía complicar su salud, por lo que acudió al *Hospital Grady Memorial* en Atlanta para practicarse un aborto. Allí, el comité especializado encargado de aprobar el

²⁰⁰ WEST, ROBIN. "From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights". [en línea]. The Yale Law Journal. November 2009. 118 Yale L.J. 1394 (2009). <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/23>> p. 1403. [consulta: 13-12-2011].

procedimiento rechazó su solicitud. Ante esto, Sandra Cano (verdadero nombre de Mary Doe) recurrió a tribunales alegando la inconstitucionalidad de la norma por violar su derecho a la privacidad, así como también, las garantías de debido proceso e igual protección ante la ley, establecidas en la decimocuarta enmienda.

El caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, que consideró inconstitucional la norma por pasar a llevar el derecho a la privacidad y la libertad personal de las mujeres al permitir el aborto sólo en determinadas situaciones y establecer requerimientos excesivos. Tales requerimientos, a juicio de la Corte, no demostraban estar ideados con el objeto de promover y proteger la salud de la mujer embarazada, al contrario, en definitiva resultaban ser un obstáculo para quien estuviera en la necesidad de interrumpir un embarazo por razones médicas.

Tal vez lo más trascendente en *Doe vs. Bolton*, es que la Corte afirmó que una mujer se encuentra facultada para solicitar la práctica de un aborto más allá del límite de la viabilidad cuando fuese necesario para proteger su salud, elaborando una idea amplia de lo que se debiese entender por salud, de la siguiente forma:

“El determinar si, en términos de la ley de Georgia, "un aborto es necesario", es una valoración profesional que un médico de Georgia deberá realizar de manera rutinaria. Coincidimos con el Tribunal del Distrito, 319 F. Supp., en 1058, en que la valoración médica deberá ser realizada a la luz de todos los factores -físicos, emocionales, psicológicos, familiares, así como la edad de la madre- relevantes para el bienestar de la paciente. Todos estos factores están relacionados con la salud”²⁰¹.

Queda claro, de esta forma, que aún cuando en *Roe vs. Wade*, la Corte permitiera a partir del tercer trimestre a los Estados legislar, e incluso prohibir la práctica del aborto, ésta no podrá ser vetada si el embarazo pone en riesgo la salud de la mujer gestante, entendiendo que el concepto de salud comprende todos aquellos factores de índole física y psíquica que de una u otra forma intervienen en el bienestar de la mujer encinta.

²⁰¹ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Doe vs. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), Consider. IV, letra C.

4.2.3. SITUACIÓN DEL ABORTO DESPUÉS DE *ROE VS. WADE*

El efecto provocado por *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton* fue significativo. Se estima que desde la dictación de ambas sentencias, el 22 de enero de 1973, se han practicado más de 50 millones de abortos en los Estados Unidos²⁰².

En el siguiente gráfico, podemos ver cómo a partir de la despenalización del aborto en quince estados en 1970, y la dictación de *Roe vs. Wade* en 1973, se produce un abrupto aumento en su práctica en la década de 1970; a partir de 1980 se estabiliza; se reduce en el decenio siguiente; y luego del año 2000 se mantiene en un nivel constante²⁰³.



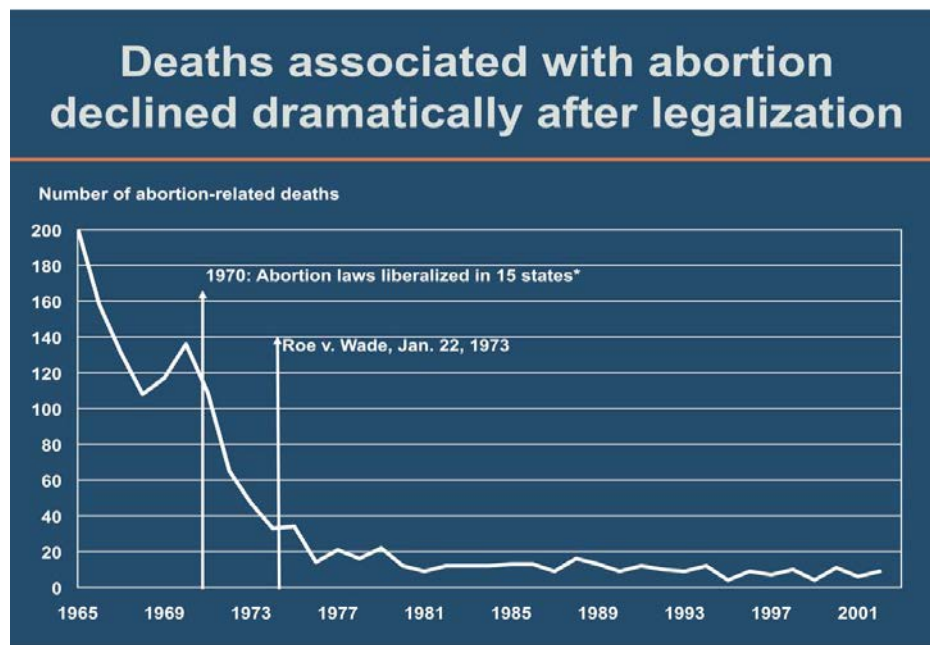
Un artículo del Guttmacher Institute explica este considerable aumento de la siguiente forma:

²⁰² GUTTMACHER INSTITUTE. Artículos variados [en línea] <<http://www.guttmacher.org/sections/abortion.php>> [consulta: 20 julio 2011]

²⁰³ GUTTMACHER INSTITUTE. "Trends in Abortion in the United States, 1973-2008". [en línea] <<http://www.guttmacher.org/presentations/trends.pdf>> [consulta: 20 julio 2011]

“Con anterioridad a la legalización a nivel nacional del aborto, no se contaba con la información relativa al número e índice de abortos practicados, y las estimaciones que se hacían de abortos ilegales y auto-inducidos variaban ampliamente. En los años posteriores al fallo de *Roe vs. Wade*, el número de abortos legales se incrementó rápidamente por varias razones. El número de facultativos entrenados y con experiencia en el procedimiento aumentó, y el desarrollo de una red nacional de clínicas abortivas de tratamiento ambulatorio, permitió que mujeres que previamente habrían tenido que practicarse un aborto de modo ilegal, o no hubiesen sido capaces de obtener uno, pudieran acceder a un procedimiento legal en un establecimiento médico”²⁰⁴.

Al mismo tiempo, la legalización del aborto redujo enormemente la tasa de mortalidad materna asociada a interrupciones voluntarias del embarazo, que antes de *Roe vs. Wade*, eran realizadas de manera insegura y por personas no capacitadas para ello. Así lo demuestra el siguiente gráfico²⁰⁵:



²⁰⁴ GUTTMACHER INSTITUTE. op. cit., [en línea] <<http://www.guttmacher.org/presentations/trends.pdf>> [consulta: 20 julio 2011]

²⁰⁵ GUTTMACHER INSTITUTE. Ídem [en línea] <<http://www.guttmacher.org/presentations/trends.pdf>> [consulta: 20 julio 2011]

En el plano político, el impacto de *Roe vs. Wade* fue igualmente profundo, y lejos de dirimir el debate en torno al aborto, provocó una polarización aún mayor entre quienes se oponían a su legalización y quienes la defendían. El “movimiento por el derecho a la vida” (*right-to-life movement*), que se había comenzado a desarrollar tímidamente durante los años previos a *Roe vs. Wade*, de pronto se volvió tremendamente activo, e inició campañas a lo largo y ancho del país con el objeto de revocar los efectos de la sentencia, y a su vez, crear la mayor cantidad de barreras legales posibles para la práctica de abortos. Si bien la mayoría de las acciones de este movimiento se desarrollaron en el ámbito político, judicial, y comunicacional, en ocasiones, algunos opositores han llevado su descontento al extremo a través de acciones de carácter violento, como el bloqueo al acceso de clínicas abortivas, amenazas a quienes concurren a realizarse un aborto, actos vandálicos en las instalaciones e incluso asesinatos a facultativos²⁰⁶. Emblemático es el caso de tres clínicas abortivas en las que se detonaron artefactos explosivos el día de navidad del año 1984, y los perpetradores del atentado, una vez condenados, señalaron que dichos actos se trataron de “un presente de cumpleaños para Jesús”²⁰⁷.

Los opositores al fallo de *Roe vs. Wade*, lo critican por una supuesta falta de fundamento constitucional válido²⁰⁸, y, al igual que el voto disidente de los jueces Rehnquist y White, consideran que la Constitución guarda silencio respecto al asunto en cuestión, por lo que debiese regularse a través de normas promulgadas en forma democrática por cada Estado, y no por una decisión federal de un órgano perteneciente al Poder Judicial²⁰⁹. Hay otros que señalan que “los estados pueden prohibir el aborto debido a que su interés en la vida en potencia es una justificación

²⁰⁶ MANEGOLD S., CATHERINE. “Anti-abortion killings: the movement; anti-abortion groups continue radical talks” [en línea] New York Times en Internet, 1 de enero de 1995 <<http://www.nytimes.com/1995/01/01/us/anti-abortion-killings-the-movement-anti-abortion-groups-continue-radical-talk.html?pagewanted=all&src=pm>> [consulta: 17 de junio de 2012].

²⁰⁷ LEWIS, JONE. A Brief History of the Abortion Controversy in the United States. [en línea] Woman's History en Internet. <<http://womenshistory.about.com/od/abortionuslegal/a/abortion.htm>> [consulta: 20 julio 2011].

²⁰⁸ En este sentido: PAULSEN, MICHAEL. “The worst constitutional decision of all time”. 78 Notre Dame Law Review 995 (2003), pp. 1003 – 1007; y, LAZARUS, EDWARD. “The Lingering problem with *Roe v. Wade* and why the recent Senate hearings on Michael McConnel’s nomination only underlined them” [en línea] 3 de octubre de 2002 <<http://writ.news.findlaw.com/lazarus/20021003.html>> [consulta: 17 de junio de 2012].

²⁰⁹ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Roe v. Wade*. Opinión disidente del Juez Rehnquist.

legislativa suficiente como para proscribir el procedimiento, en ausencia de una norma constitucional que afirmativamente proteja el derecho de interrumpir un embarazo”²¹⁰.

De todas formas, a partir de *Roe vs. Wade*, muchos Estados han promulgado normas que buscan limitar o entrapar los efectos del fallo mediante la imposición de requisitos para la práctica de un aborto, tales como exigir consentimiento de los padres, cuando la que lo solicita es una menor de edad²¹¹; notificar a los padres o al marido; permitir su práctica sólo en hospitales y no en clínicas; limitar los fondos públicos destinados a financiar abortos; imponer períodos de “reflexión” a la madre; y obligar a la mujer encinta a leer cierto tipo de información o a ver una ecografía antes de practicarse el aborto, entre otros²¹².

Además, presidentes de la república como Ronald Reagan, se han encargado de designar jueces de marcada tendencia antiabortista para ocupar un escaño en la Corte Suprema. Por lo mismo, con posterioridad a *Roe vs. Wade* se han dictado una serie de sentencias en el máximo tribunal que han ido modificando el sentido original del fallo. A continuación, veremos las más importantes.

4.2.3.1. HARRIS VS. MCRAE (1980)

Harris vs. McRae es un caso que llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, luego de que el Congreso promulgara una serie de restricciones para el financiamiento de abortos a través del programa de salud para familias de escasos recursos (*Medicaid*), conocidas como Enmienda Hyde (*Hyde amendment*), en honor a su principal promotor, el congresista republicano del Estado de Illinois, Henry Hyde. La enmienda, básicamente prohibía el uso de fondos públicos destinados a *Medicaid* para proporcionar abortos a sus mujeres beneficiarias, salvo en caso de riesgo para la salud, violación o incesto. Una de ellas, Cora McRae, presentó una demanda en una Corte de Nueva York, que en su sentencia consideró que la Enmienda Hyde era

²¹⁰ GRABER, MARK A. “Rethinking abortion: equal choice, the constitution, and reproductive politics”. Princeton, New Jersey. Princeton University Press. 1996, p. 22.

²¹¹ GUTTMACHER INSTITUTE. “Trends in Abortion ...” cit. p. 21.

²¹² GUTTMACHER INSTITUTE. “State Policies in brief. An Overview of Abortion Laws”. Nueva York, Estados Unidos. 1 de junio de 2012 [en línea] < http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OAL.pdf > [consulta: 28 de junio de 2012].

inconstitucional, pues violaba la primera y quinta Enmiendas. El caso llegó a la Corte Suprema, que, con fecha 22 de junio de 1980 emitió su decisión, en la cual, se establece que ni los estados ni el gobierno federal tienen la obligación constitucional de proporcionar financiamiento público para la práctica de abortos, ni aún en los casos de aborto terapéutico²¹³.

4.2.3.2. WEBSTER VS. REPRODUCTIVE HEALTH SERVICES (1989)

La década de 1980 traería consigo un notorio giro en el criterio de la Corte Suprema en relación al aborto. Tres de los jueces que participaron en el voto mayoritario en *Roe vs. Wade*, a saber, Stewart, Burger, y Powell, se retiraron, siendo reemplazados por los jueces O'Connor, Scalia y Kennedy, todos designados por el Presidente Ronald Reagan. Así, la mayoría liberal de la Corte se disipó en una mayoría conservadora y contraria a *Roe vs. Wade*. A lo largo del decenio, la Corte dictó una serie de sentencias que de una u otra forma limitaron los efectos del fallo de 1973, como en *Bellotti vs. Baird* (1979), en que se permitió a los estados requerir a las mujeres embarazadas menores de edad y no casadas, el consentimiento de sus padres o la autorización de un juez cuando lo primero no fuese posible, o en *H.L. vs. Matheson* (1981), en que se autorizó a los estados para requerir a los facultativos contactados por mujeres jóvenes aún dependientes de sus padres y demasiado "inmaduras" para decidir sobre estas materias por sí mismas, que traten de informar a los padres antes de llevar a cabo un aborto²¹⁴.

Pero sin duda, la sentencia más importante de la década en relación al aborto, es la de *Webster vs. Reproductive Health Services* de 1989, que, con un voto de cinco a cuatro, ratificó una ley de Missouri que exigía al facultativo que practicara un aborto, realizar exámenes para determinar si el feto era viable o no, siempre y cuando tuviera

²¹³ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Harris vs. McRae*, 448 U.S. 297 (1980): "(...) We hold that a State that participates in the Medicaid program is not obligated under Title XIX to fund those medically necessary abortions for which federal reimbursement is unavailable under the Hyde Amendment. We further hold that the funding restrictions of the Hyde Amendment violate neither the Fifth Amendment nor the Establishment Clause of the First Amendment" (Considerando IV).

²¹⁴ SHAPIRO, IAN. op. cit., p. xvii.

motivos fundados para sospechar que la mujer presenta un embarazo de veinte o más semanas. La trascendencia de esta decisión, radica en que por primera vez la Corte establece que el interés del Estado en proteger la vida en potencia puede situarse antes del punto de la viabilidad, alterando así, la estructura trimestral ideada por el juez Blackmun en *Roe vs Wade*.

El juez Rehnquist, en su opinión, firmada también por los jueces Kennedy y White, critica la rigidez del sistema trimestral y señala: “no veo por qué el interés del Estado en proteger la vida en potencia debiese surgir sólo en el punto de viabilidad, y por ende existir una rígida línea que permita la regulación estatal después de la viabilidad, pero que la prohíba antes de ella”²¹⁵. El juez Scalia fue más allá, y objetó la opinión mayoritaria en *Webster vs. Reproductive Health Services*, por no haber hecho explícitamente, lo que él considera que hizo implícitamente, esto es, revocar *Roe vs. Wade*²¹⁶. Por su parte, el juez Blackmun, en disenso y a nombre de los jueces Brennan y Marshall, señaló que la sentencia, “implícitamente invita a cada legislatura estatal a promulgar más y más normas restrictivas del aborto, en orden a provocar más y más casos de prueba, con la esperanza de que algún día en el futuro, la Corte hará volver la ley de libertad procreativa a las severas limitaciones que generalmente prevalecieron en este país antes del 22 de enero de 1973”²¹⁷.

Si bien el fallo de *Webster vs. Reproductive Health Services* no invalidó *Roe vs. Wade*, introdujo en la regulación del aborto en Estados Unidos un concepto que facilitó sucesivas limitaciones a su práctica: el concepto de “cargas excesivas” (“*undue burden*”). Esta idea, básicamente consiste en que si antes, el Estado debía tener un “interés imperativo” para justificar las restricciones al aborto, a partir de ahora, el Estado podía limitar la práctica de abortos, siempre y cuando estas limitaciones no constituyeran una “carga indebida” al derecho de las mujeres a acceder a un aborto, lo que amplía enormemente la facultad restrictiva de los Estados. Este concepto es clave en la sentencia que veremos a continuación.

²¹⁵ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Webster vs. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989), pp. 518-519.

²¹⁶ SHAPIRO, IAN. op. cit., p. xviii.

²¹⁷ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Webster vs. Reproductive Health Services*. pp. 538, 557.

4.2.3.3. **PLANNED PARENTHOOD VS. CASEY (1992)**

El fallo en *Webster vs. Reproductive Health Services*, modificó el criterio dominante de *Roe vs. Wade*, generando una suerte de incertidumbre y de falta de claridad en la regulación del aborto. Con *Planned Parenthood vs. Casey*, la Corte vino a resolver algunos puntos que luego de *Webster*, parecían un tanto confusos.

Planned Parenthood vs. Casey, fue un caso que llegó a la Corte Suprema, luego de que se promulgaran una serie de normas restrictivas del aborto en el Estado de Pennsylvania, y que a juicio de los demandantes, contrariaban lo dispuesto en la sentencia de *Roe vs. Wade*, y eran por ende, inconstitucionales.

Notificación a los padres; consentimiento del marido; obligación del facultativo de entregar a la mujer información relativa a los riesgos asociados al aborto; y un período de espera de 24 horas, eran algunas de las exigencias establecidas en el nuevo cuerpo normativo del Estado de Pennsylvania.

El caso se transformó en un nuevo hito en la regulación del aborto, puesto que los demandados solicitaron por primera vez a la Corte que derechamente revocara el fallo de *Roe vs. Wade*. Además, luego de la salida de los Jueces William Brennan y Thurgood Marshall, el entonces Presidente republicano George H. W. Bush, designó a los Jueces David Souter y Clarence Thomas, ambos, abiertamente conservadores. Se esperaba así, que la Corte quedaría con sólo dos Jueces defensores de *Roe vs. Wade*: Blackmun y Stevens, por lo que su invalidación era inminente. Sin embargo, y contra todo pronóstico, en un fallo dividido, la Corte decidió reafirmar el planteamiento esencial de la sentencia de 1973, basándose en la doctrina del *stare decisis*, señalando que “la libertad no encuentra refugio alguno en una jurisprudencia dubitativa”²¹⁸.

Básicamente, el que la Corte haya reafirmado el planteamiento esencial del fallo de *Roe vs. Wade*, significó ratificar el que “la mujer tiene un derecho

²¹⁸ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Planned Parenthood vs. Casey* 112 S. Ct. 2791 (1992) p. 2803.

constitucionalmente protegido al aborto hasta el punto de viabilidad, luego del cual, el Estado tiene el poder de “restringir abortos”, siempre y cuando la ley contenga excepciones para embarazos que pongan en peligro la vida o salud de la mujer”²¹⁹.

Si bien esta ratificación, significó un importante avance en la regulación del aborto en Estados Unidos, debido a que desde la dictación de la sentencia de 1973, el razonamiento del Juez Blackmun había sido duramente criticado en los círculos académicos y por varios de los nuevos Jueces designados en la Corte Suprema²²⁰, vino por otro lado a derribar el sistema trimestral ideado en *Roe vs. Wade*, al establecer que el interés del Estado en proteger la vida en potencia se origina antes del punto de viabilidad fetal. Esto, pues la Corte decidió seguir el criterio de la “carga excesiva” (*undue burden*), ya reconocido en el fallo de *Webster vs. Reproductive Health Service*, señalando que previo al punto de viabilidad, los Estados pueden regular el aborto siempre y cuando, dicha regulación no imponga “cargas excesivas” al derecho de las mujeres a solicitar su práctica.

En la opinión mayoritaria, los Jueces O`Connor, Kenedy y Souter, señalaron lo siguiente:

“Lo que está en juego es el derecho de la mujer de tomar la última decisión, no el derecho a ser aislada de los demás al adoptarla, y por consiguiente, que los estados tienen la libertad de promulgar leyes que provean un marco razonable para que una mujer tome una decisión de significado tan profundo y perdurable. Agregaron que el estado puede pensar, con razón, que una mujer que está planificando un aborto debería por lo menos estar informada de los argumentos en contra, que otras personas de la comunidad creen que son importantes, y por eso, aun en las primeras etapas del embarazo, el estado puede promulgar leyes o decretos destinados a informar de los argumentos sociales y filosóficos de

²¹⁹ SHAPIRO, IAN. op. cit., p. Xi.

²²⁰ *Ibidem*. p. Xx.

gran peso que se pueden aducir para apoyar la continuación del embarazo”²²¹.

Para aclarar lo que debía entenderse por “carga excesiva”, la sentencia puso como ejemplo cualquier “regulación sanitaria cuyo propósito o efecto sea generar un obstáculo sustancial a una mujer en busca de un aborto”²²².

Es así, que la Corte consideró que las exigencias establecidas por las normas del Estado de Pennsylvania, no constituían una “carga excesiva” para el derecho de las mujeres a practicarse un aborto, y no eran por ende inconstitucionales. Sólo dejó sin efecto el requisito de notificación marital, por considerarlo inconveniente en los casos de violencia y abusos sexuales por parte del marido.

Tal y como se hizo notar en el voto de disenso de la sentencia, no queda especificado con claridad cuándo una regulación estatal constituirá una “carga excesiva” y cuándo no. Lo anterior llevó a que luego del fallo de *Planned Parenthood vs. Casey*, diversos estados comenzaron a promulgar normas que establecen una serie de trámites o requisitos restrictivos del derecho reconocido en *Roe vs Wade*, o que privan a las mujeres de escasos recursos que desean practicarse un aborto, de fondos públicos destinados a ello. A continuación veremos algunas de las regulaciones más comunes, de acuerdo a estadísticas publicadas por el Guttmacher Institute, basadas en información recabada al 1 de marzo de 2011²²³:

a. Requerimientos a facultativos y hospitales:

- 39 estados requieren que el aborto sea practicado por un facultativo autorizado.
- 19 estados requieren que el aborto sea practicado en un hospital después de un punto específico del embarazo.
- 19 estados requieren la participación de un segundo facultativo después de un punto específico.

²²¹ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Planned Parenthood vs. Casey* 112 S. Ct. 2791 (1992).

²²² UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Planned Parenthood vs. Casey* 112 S. Ct. 2791 (1992) pp. 2821.

²²³ GUTTMACHER INSTITUTE. State Policies in Brief...” cit.

- b. Límites de gestación:
 - 39 estados prohíben el aborto, excepto cuando sea necesario para proteger la vida o salud de la mujer, después de un punto específico en el embarazo, la mayoría de las veces, después la viabilidad fetal.
- c. Aborto por parto parcial (partial-birth abortion):
 - 16 estados tienen leyes en efecto que prohíben el aborto por parto parcial. 4 de ellas se aplican sólo en los abortos posteriores a la viabilidad.
- d. Fondos Públicos:
 - 17 estados usan sus propios fondos para pagar todos o la mayoría de los abortos médicamente necesarios de los beneficiarios del sistema Medicaid.
 - 32 estados prohíben el uso de fondos estatales, excepto en aquellos casos en que los fondos están disponibles: cuando la vida de la mujer está en peligro, o el embarazo es resultado de incesto o violación.
- e. Cobertura por el Seguro Privado:
 - 6 estados restringen la cobertura del aborto en los planes de seguros privados sólo a los casos en que el embarazo pone en peligro la vida de la mujer.
- f. Negativa:
 - 46 estados permiten que los proveedores de salud independientes se rehúsen a practicar un aborto.
 - 43 estados permiten que las instituciones se nieguen a practicar abortos, 16 de los cuales limitan la negativa a instituciones privadas o religiosas.
- g. Orientación Obligatoria:
 - 18 estados exigen que las mujeres reciban orientación antes de practicarse un aborto, que incluya información acerca de al menos uno de los siguientes tópicos: supuesto vínculo entre aborto y cáncer de mamas (6 estados); la capacidad del feto de sentir dolor (10 estados); consecuencias a la salud mental de la mujer de largo plazo (7 estados); e Información respecto a la posibilidad de realizar ultrasonido (10 estados).

h. Períodos de espera:

- 24 estados exigen un período de espera, usualmente de 24 horas, entre que la mujer recibe la orientación y que el aborto es practicado.

i. Participación de los padres:

- 36 estados requieren algún tipo de participación de los padres en la decisión de una menor de practicarse un aborto.
- 22 estados exigen que uno o ambos padres den su consentimiento al procedimiento.
- 12 estados exigen uno o ambos padres sean notificados del aborto.
- 4 estados requieren tanto el consentimiento como la notificación de ambos padres.

4.2.3.4. STENBERG VS. CARHART (2000)

El año 2000, se discutió en la Corte Suprema la constitucionalidad de una ley promulgada en el Estado de Nebraska que prohibía la práctica de “abortos por parto parcial” (*partial-birth abortion*), sancionando a los médicos que participaran en este tipo de intervenciones con cárcel y la revocación de su licencia médica.

Partial-birth abortion, es la forma con que popularmente se conoce en Estados Unidos al procedimiento llamado “*Intact dilation and extraction*”, “*D&X*”, o “*intact dilation and evacuation*”, y que básicamente consiste en un aborto llevado a cabo en una etapa avanzada del embarazo, aproximadamente a partir de la decimosexta semana, y en que el feto es extraído parcialmente del cuerpo de la madre (sólo la cabeza o el resto del cuerpo, dependiendo de su posición dentro del vientre materno), con el objeto de provocar su muerte, a través de métodos bastante polémicos, como la succión de masa encefálica, para posteriormente extraer totalmente el cuerpo del feto ya fallecido.

Su práctica, presenta un fuerte rechazo por parte de la población y ha generado un amplio debate en diversos sectores de la sociedad estadounidense. Antes de la ley del Estado de Nebraska, muchos estados ya habían dictado normas en el mismo sentido, sin embargo, fue un médico de dicho Estado, el doctor LeRoy Carhart,

especializado en abortos en etapas avanzadas del embarazo, quien demandó al Procurador General del Estado argumentando que la prohibición de ciertos tipos de abortos resultaba ser inconstitucional, pues constituía una “carga excesiva” (*undue burden*), de acuerdo a lo establecido en *Planned Parenthood vs. Casey*. Tanto el Tribunal Federal del Distrito, como la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, le dieron la razón al doctor Carhart, antes de que el caso fuera apelado en la Corte Suprema. Una vez allí, y por una votación de cuatro contra cinco, se declaró que la ley de Nebraska, así como todas las normas de otros estados que prohibieran la práctica de abortos por parto parcial, eran inconstitucionales pues representaban una carga excesiva para el derecho constitucionalmente protegido de las mujeres a practicarse un aborto. El aborto por parto parcial, quedaba de esta forma dentro de los márgenes legales.

4.2.3.5. GONZÁLES VS. CARHART (2007)

El 5 de noviembre de 2003, tres años después de la decisión de la Corte Suprema en *Stenberg vs. Carhart*, el entonces Presidente de la República, George W. Bush, promulgó una norma conocida como *Partial-Birth Abortion Ban Act*, que prohibía en todo el país los abortos por parto parcial, estableciendo una pena que podía llegar a los dos años de prisión para el facultativo que practicara este tipo de intervención, además de hacerlo civilmente responsable. Por otro lado, y a diferencia de la norma impugnada en el Estado de Nebraska, contemplaba una excepción para los casos en que la vida de la mujer gestante estuviera amenazada a causa del embarazo.

Una vez firmada por el Presidente, la *Partial-Birth Abortion Act* fue considerada inconstitucional por distintos Tribunales de Distrito en California, Nueva York y Nebraska, lo que llevó a que el Gobierno Federal apelara en diversas ocasiones obteniendo el mismo resultado. Es así que el caso llegó a la Corte Suprema de Estados Unidos, que con fecha 18 de Abril de 2007, emitió su decisión.

Con un voto mayoritario de cinco contra cuatro, la Corte ratificó la ley federal, siendo ésta la primera vez que el máximo Tribunal de los Estados Unidos ratifica una prohibición respecto a un método específico de aborto. El voto decisivo, fue el del Juez

Samuel A. Alito Jr., quien votó a favor de la prohibición, a diferencia de su predecesora, la Jueza Sandra Day O'Connor, quien en el caso *Stenberg vs. Carhart* optó por declarar la inconstitucionalidad de la ley del Estado de Nebraska²²⁴.

Llama la atención que la Corte haya fallado de forma opuesta un caso tan similar a *Stenberg vs. Carhart*. En ese sentido, el Juez Kennedy, quien redactó la opinión mayoritaria del caso, señaló que la sentencia era absolutamente coherente con el criterio de los fallos anteriores, y que la ley federal, era mucho más clara a la hora de definir el procedimiento que intenta prohibir, a diferencia de la ley de Nebraska, que resultaba sumamente vaga en la descripción²²⁵.

Respecto a la excepción en los casos en que el embarazo pusiera en riesgo la vida o salud de la madre, como lo señalamos anteriormente, la norma federal, sólo contempla dicha excepción en los casos en que la vida de la mujer está en peligro, no así la salud, cuestión que fue ratificada por la Corte, al considerar que no existía la certeza médica suficiente como para aseverar que el procedimiento en cuestión llegase a ser necesario en algún momento para salvaguardar la salud de la mujer gestante.

4.2.4. SUMARIO

El principal hito en la regulación del aborto en Estados Unidos es la sentencia de la Corte Suprema de 1973 *Roe vs. Wade*, que estableció que las mujeres poseen un derecho a la privacidad o autodeterminación, emanado de la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, que les permite decidir libremente si desean o no llevar a término un embarazo. Sin embargo, este derecho debe equilibrarse con el interés del Estado en proteger la vida en potencia, que, a medida que avanza el embarazo, va adquiriendo mayor relevancia. Es así, que la sentencia ideó un sistema trimestral que de una u otra forma busca equiparar ambos derechos, reconociendo a las mujeres la facultad de decidir si abortan o no hasta el punto de la viabilidad fetal. De acuerdo a este sistema, los estados no podían prohibir el aborto dentro del primer

²²⁴ GREENHOUSE, LINDA. "Justices Back Ban on Method of Abortion" [en línea] The New York Times en Internet. 19 de Abril, 2007. <<http://www.nytimes.com/2007/04/19/washington/19scotus.html>> [consulta: 28 julio 2011].

²²⁵ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Gonzales, Attorney General vs. Carhart*. 550 U.S. 124 (2007).

trimestre, y sólo pueden regularlo en atención a la salud de la madre dentro del segundo. A partir del punto de viabilidad, la sentencia autorizaba a los estados a regular el aborto a discreción, pudiendo incluso prohibirlo totalmente, salvo cuando su práctica sea necesaria para salvaguardar la vida o salud de la mujer gestante.

La viabilidad fue definida por el fallo, como la capacidad del feto de sobrevivir fuera del vientre materno, con o sin ayuda de instrumentos artificiales, señalando que “la viabilidad usualmente se localiza alrededor de los siete meses (28 semanas), pero puede ocurrir antes, incluso a las 24 semanas”²²⁶. Esta aseveración resulta cierta a la época de dictación del fallo, y fue lo que llevó a los Jueces a estimar que a partir del tercer trimestre los estados podían prohibir la práctica de abortos, sin embargo, con el paso del tiempo, la medicina ha logrado desarrollar nuevos métodos de cuidado para bebés prematuros, haciendo más incierta la determinación del punto de viabilidad, poniendo en duda el margen establecido en *Roe vs. Wade*.

Es así, que con la dictación de la sentencia en *Planned Parenthood vs. Casey*, si bien la Corte ratificó los planteamientos centrales de *Roe vs. Wade*, el sistema trimestral fue quedando obsoleto, siendo reemplazado por el estándar de la “carga excesiva”, que consiste en que los estados sí están autorizados para regular y limitar el derecho de las mujeres a practicarse abortos, incluso antes del inicio del tercer trimestre, siempre y cuando, dichas limitaciones no constituyan una “carga excesiva” para el referido derecho.

A la luz de este criterio, los estados comenzaron a promulgar una serie de normas limitativas del derecho de aborto, relacionadas con diversos tópicos²²⁷, como exigir consentimiento de los padres en caso de que la madre gestante se trate de una menor de edad, exigir consentimiento del marido, entregar cierta información a las mujeres que acudan a los centros asistenciales con el objeto de practicarse un aborto, establecer períodos de reflexión, prohibir la utilización de fondos públicos, etc. lo que a

²²⁶ UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²²⁷ KOLBERT KATHRYN, MILLER ANDREA. “Legal strategies for abortion rights in the twenty first century”. En: SOLINGER RICKIE. “Abortion wars: A half century of struggle 1950-2000”. Berkeley, California. University of California Press. 1998, p. 97.

la larga, ha llevado a que la regulación del aborto varíe sustancialmente de un estado a otro.

Finalmente, la última sentencia de relevancia en relación al aborto es *Gonzáles vs. Carhart*, del año 2007, que afirmó la constitucionalidad de la norma federal conocida como *Partial-Birth Abortion Ban Act*, que prohíbe en todo el país la realización de abortos mediante el método llamado “*Intact Dilation and Extraction*”.

Por lo anterior, podemos decir que en Estados Unidos, se reconoce a lo largo y ancho del país, el derecho de toda mujer a practicarse un aborto, pero tomando en consideración las normas y procedimientos establecidos en cada estado, con la salvedad de que se encuentra prohibido llevarlo a cabo mediante el método “*Intact Dilation and Extraction*”, más conocido popularmente como aborto por parto parcial.

En relación al aborto terapéutico, la sentencia de *Roe vs. Wade*, le otorga la facultad a los estados a prohibir el aborto luego del punto de viabilidad, salvo cuando el embarazo ponga en riesgo la vida o salud de la madre gestante, y, en *Doe vs. Bolton*, la Corte definió lo que debía entenderse por salud, elaborando una definición amplia del concepto que comprende no sólo aspectos físicos, sino también de índole psicológica y emocional, que intervienen en el bienestar de la mujer gestante.

Aún así, queda la duda de lo que ocurre en los casos de aborto por parto parcial, puesto que la norma federal que lo prohíbe, establece como excepción a dicha prohibición, la circunstancia de encontrarse en riesgo la vida de la mujer embarazada, pero no la salud, lo que fue ratificado por la Corte, señalando que no existía evidencia de que el procedimiento en cuestión fuese necesario en algún caso para proteger la salud de la mujer encinta. En este sentido, en el voto de disenso, el Juez Ginsburg criticó esta opinión, señalando que al no contemplar una excepción para proteger la salud de la madre, dejando de lado toda recomendación del facultativo tratante, se pone en serio riesgo a todas aquellas mujeres para quienes el método *Intact Dilation and Extraction*, resulta ser el más seguro.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL APLICADO AL ABORTO TERAPÉUTICO EN CHILE

1. LEGISLACIÓN CHILENA Y DEL ABORTO ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1874

La historia legislativa chilena, nos indica que desde los últimos años del siglo XV, nuestro territorio pasa a ser una Capitanía General del Reino de Castilla, quedando regulado con las mismas normas que se aplicaban en el país hispano²²⁸, ya sean “Las Siete Partidas”, “Reales Cédulas”, el “Derecho Canónico” o las “Leyes de Toro”, que regulaban el derecho sucesorio, sin embargo; el territorio americano contaba con sus propias particularidades donde el derecho común pasó a ser insuficiente y por lo mismo, se diseñó el Derecho Indiano.

En el año 1680 la cantidad de leyes sueltas bajo el amparo de ser Leyes Indianas, llevó a que fuesen recopiladas estas 6377 normas²²⁹ sobre las más distintas materias en nueve libros bajo el título de *Recopilación de Leyes de Indias*. En particular en esta Recopilación de leyes Indianas, sólo el octavo libro estaba dedicado a materias penales, regulando en cada uno de sus ocho títulos materias tales como derecho penal sustantivo y procesal, algo de organización de tribunales, y derecho penitenciario. Se puede destacar una vez más que las sanciones aplicadas a varios de los tipos penales, hacen diferencia entre el español y el indio, favoreciendo a este último con sanciones menos aflictivas u onerosas.

No obstante la regulación que establecían las Leyes de Indias en su Recopilación, eran insuficientes (salvo la actividad carcelaria) para que realmente normaran los actos criminales, esto, provocó que su aplicación sea supletoria dado que el principal cuerpo legal penal en ese tiempo era el Derecho Penal Castellano. Este compendio legal tiene

²²⁸ GARCÍA GALLO, ALFONSO. “El Derecho Común ante el Nuevo Mundo”. *Revista de Estudios Políticos*. 80. 1955. p. 151.

²²⁹ Algunos autores difieren en el número definitivo.

la grave dificultad que no era precisamente sistemático y hacía coexistir diferentes cuerpos legales provenientes de distintas épocas, hecho que obligaba a publicar cada cierto tiempo textos refundidos de la legislación vigente y a fijar, mediante leyes de prelación, el orden en que debían aplicarse las distintas leyes existentes a fin de lograr una cierta sistematización en el caos legal imperante²³⁰. En este sentido, la Recopilación de Indias, en su ley primera, título 1, Libro segundo (l.1, t.1, L.2), establece la vigencia con carácter subsidiario del Derecho Castellano según la Ley Primera de Toro, la cual consagra un riguroso orden de prelación, a saber: 1. *Nueva Recopilación*; 2. *Leyes de Toro*; 3. *Pragmáticas*; 4. *Ordenamiento de Montalvo*; 5. *Ordenamiento de Alcalá*; 6. *Fueros municipales y personales*; 7. *Leyes del Estilo*; 8. *El Fuero Real*; y 9. *Las Siete Partidas*²³¹. Sin embargo, en la práctica, las normas del derecho castellano aplicadas siguieron un orden completamente distinto, como lo señala el profesor Alamiro de Ávila: "(...) creemos que de su gran variedad de cuerpos fueron pocos los que se aplicaron en la realidad, aún tal vez, sin temor de exagerar, podríamos decir que sólo se aplicó la Recopilación de Castilla, con su agregado de Autos, y las Partidas"²³².

Esta situación compleja para la aplicación del derecho penal, se mantendrá hasta mediados del siglo XIX cuando llegue a nuestro país el movimiento codificador, propio de la Ilustración y que reunirá en un solo libro, coherente y sistemático toda la regulación relacionada con cada una de las ramas del derecho.

Ahora bien, en relación al delito de aborto, el único cuerpo legal que a él se refería, eran las Siete Partidas, que en su Partida Séptima, título 8, ley 8, sanciona el aborto siguiendo un criterio similar al del derecho anglosajón, que por aquellos años condenaba el aborto siempre y cuando se practicara con posterioridad a los primeros movimientos del feto. En las Partidas, si bien se sanciona en todo evento su práctica,

²³⁰ PEÑA, SILVIA. "Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. VII. 1982. p. 291.

²³¹ ÁVILA MARTEL, ALAMIRO DE. "Esquema del Derecho Penal Indiano". Santiago, Chile. Colección de estudios y documentos para la historia del derecho chileno; 2ª Sección, estudios institucionales (III). 1941. pp. 24 – 28.

²³² *Ibidem*. p. 30.

existe una notoria diferencia en la intensidad de la pena impuesta, dependiendo de si el feto se encontraba animado o no²³³.

La norma regulaba el aborto de la siguiente forma²³⁴: “(...) cuando una muger toma yerbas ú otra cosa para echar la criatura, ó se dá golpe en el vientre con el puño ú otro instrumento para matarla, sin ser violentada á tan cruel hecho; si el feto está animado y se le quitó la vida, ha de padecer pena capital; mas si aún no vivía, se le ha de desterrar á una isla por cinco años. En la misma pena incurre el marido que á sabiendas hiere á su muger preñada, de suerte que muera la criatura; y si una persona extraña cometiese este exceso, deberá sufrir las mismas penas que la madre conforme a la expresada distinción”²³⁵. La norma condena así tanto a la mujer que practica por sus propios medios un aborto, como al marido y al tercero extraño, siempre que estos dos últimos lo hagan con la intención de provocar la muerte del feto. De no ser así, “serían castigados con mucho rigor”²³⁶. No existe en la norma distinción alguna relativa al aborto practicado con la intención de salvar la vida, o motivado por alguna circunstancia excepcional.

Con posterioridad a la Independencia de Chile, desde el año 1811 en adelante, se suceden una serie de Ensayos Constitucionales y Constituciones que hicieron carne el proceso de codificación y publicidad, propio del desarrollo del racionalismo, y que se inspiraba en el pensamiento Ilustrado que se difundía desde Estados Unidos (1776) y Francia (1789) hacia el resto del Mundo con los ideales de libertad, igualdad y fraternidad.

²³³ ÁVILA MARTEL, ALAMIRO DE. *Ibidem*. p. 78.

²³⁴ Ley 8, título 8, Partida 7, de las Siete Partidas: “Muger preñada que beviere yervas á sabiendas, ó otra cosa qualquier, con que echase de sí la criatura, ó se firiessse con puños en el vientre, ó con otra cosa, con intencion de perder la criatura, é se perdiessse por ende, dezimos, que si era ya biva en el vientre estonce, quando ella esto fiziere, que deve morir por ello. Fuera de ende, si gelo fiziessen fazer por fuerza, assi como fazen los judios á sus moras; ca estonce el que lo hizo fazer deve aver la pena. E si por aventura non fuesse aun biva, estonce non le deven dar muerte por ello; mas deve ser desterrada en alguna isla por cinco años. Essa misma pena dezimos que deve aver el ome que fiere á su mujer á sabiendas, seyendo ella preñada, de manera que se perdiessse lo que tenia en el vientre, por la ferida. Mas si otro ome extraño lo fiziessse, deve aver pena de homicida, si era biva la criatura, quando morio por culpa del; é si non era aun biva, deve ser desterrado en alguna isla por cinco años”.

²³⁵ GUTIÉRREZ, JOSÉ MARCOS. “Práctica Criminal de España” (III). 3ª Edición. Madrid, España. Imprenta de Fermín Villalpando. 1818. p. 46.

²³⁶ *Ibidem*.

2. REGULACIÓN DEL ABORTO DURANTE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1874

2.1. DISCUSIÓN DEL ABORTO EN LA COMISIÓN REDACTORA DE 1870

La Comisión Redactora funcionó desde el 17 de enero de 1870 hasta el 22 de octubre de 1873, fecha en que tuvo lugar su sesión 175°. De todas sus reuniones hasta la 114 inclusive (02 de septiembre de 1872) se dedicaron a componer el proyecto propiamente tal, y desde la sesión 115 (12 de marzo de 1873) hasta el final, procedieron a revisar el proyecto ya creado o como dicen las actas empieza el proceso de “*Revisacion*”.

Es de nuestro interés el avocarnos a las sesiones 66 y 67, del 15 de noviembre y 02 de diciembre de 1871, respectivamente y, además de lo comentado en la sesión 159 del 24 de junio de 1873 y sesión 160 del 25 de junio del mismo año; que se dedicarían a las revisiones finales del proyecto de Código en el Título VII. En dichas reuniones la Comisión se ocupó de seleccionar, complementar y aprobar la legislación encargada de regular el aborto en los términos que lo conocemos hoy en día.

Es así como en la sesión 66, luego de aprobar el acta de la sesión anterior, se procedió al examen del “*Título VII De los delitos contra el orden de las familias i contra la moralidad pública*” comenzando por su párrafo primero²³⁷, que regula el tema del aborto. Para configurar la legislación relacionada a este tema, la Comisión se basó en el Código Penal Español de 1848 “*con preferencia a las del belga, por ser iguales en el fondo i mas claras que éstas*”²³⁸.

Específicamente se utilizaron como base los artículos 337, 338, 339 y 340 del Código español y, que *a la postre* serán nuestros artículos²³⁹ 330, 331, 332 y, 333; con respecto a este último artículo, –relacionado con el aborto cometido por un facultativo–

²³⁷ En la misma sesión se discutió sobre el Párrafo Segundo, “*De la esposición o abandono de niños*”, aceptándose como base el Código belga que regulaba esta materia entre sus artículos 354 a 360.

²³⁸ RIVACOBBA Y RIVACOBBA, MANUEL DE. “Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora”. Valparaíso, Chile. Editorial EDEVAL, 1974. p. 378.

²³⁹ Del Proyecto de Código Penal presentado al Congreso en 1873 y no, del Código propiamente tal que utilizamos en nuestros días.

mereció discusión el sustituir la palabra “arte” (como decía originalmente el Español) por la de “oficio”, para dar más precisión al sujeto y a la conducta del tipo penal.

Casi un mes después, en la sesión 67, una vez aprobada el acta anterior, se dio lectura a los párrafos primero y segundo, cuyas bases se acordaron en la sesión 66, y fueron ratificados por la Comisión sin alteración alguna los artículos²⁴⁰: 330, 332, 333. Con respecto al artículo 331 se agregó la indicación del señor José Antonio Gandarillas, que reza de la siguiente forma: “*“con tal que el estado de embarazo sea notorio o le conste al hechor,” porque sin ella podría castigarse con la pena del que causa aborto, a individuos que no pudieron conocer el efecto de sus malos tratamientos, i a quienes no podría por consiguiente imputarse la imprudencia que la lei persigue en el estado de la persona ofendida.*”²⁴¹, una vez incluida esta frase se procedió a aprobar el párrafo que quedó de la siguiente forma:

“Aborto.

Art. 330. El que de propósito causare un aborto, será castigado:

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

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

3° Con la de presidio menor, si la mujer consintiere.

Art. 331. Será castigado con presidio menor en su grado mínimo o medio, el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo; con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le conste al hechor.

Art. 332. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiziere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor.

²⁴⁰ No se mencionan los artículos aprobados y que no tienen relación con el aborto.

²⁴¹ *Ibidem.* p. 379.

Art. 333. El facultativo que abusando de su oficio causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 330, aumentadas en un grado.”²⁴²

Por su parte, en la sesión número 159, la comisión se restringió a revisar los artículos 320 a 359 del Proyecto²⁴³ siendo de gran importancia para esta investigación lo consultado por el Comisionado Ibáñez, que aclara dos importantes temas con respecto a lo que hoy vemos como la historia fidedigna de la ley²⁴⁴:

En primer lugar, solicita a la Comisión haga una expresa distinción entre el “feto animado i el que aun no lo está”²⁴⁵ ya que él considera más grave el aborto en el primer caso. El resto de la Comisión no admite la consulta ya que la culpabilidad es la misma en uno y en otro caso “desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hai en él el jérmen de un hombre i el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito”.

La segunda consulta que plantea el señor Ibáñez dice relación con el castigo que debería imponérsele al “droguista” (entiéndase farmacéutico) que vende un remedio abortivo sin receta competente. Los demás miembros una vez más deniegan referirse al tema considerando que es imposible saber para este profesional, cual será la finalidad que el comprador le dará a dicha droga ya que los propósitos de este medicamento no son tan sólo los fines abortivos.

En definitiva, este párrafo VII, junto con el resto del proyecto fueron entregados al Congreso Nacional una vez terminadas las sesiones de la Comisión el día 29 de octubre de 1873, junto a un breve “Mensaje” redactado por el señor Rengifo y que leería el Presidente de la República, sin embargo, contrario a la idea original que el nuevo Código comenzara a regir desde el 1° de junio de 1874 no pudo ser posible, pues, las discusiones parlamentarias tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados tardaron nueve meses en finalizar.

²⁴² *Ibidem.* p. 380.

²⁴³ Según nuestro actual Código Penal, deben considerarse los artículos 318 al 356.

²⁴⁴ *Ibidem.* p. 531.

²⁴⁵ SENTENCIA DE CASACIÓN EN EL FONDO PRONUNCIADA POR LA CORTE SUPREMA el 19 de octubre de 1955. “Contra Teresa Riberos B. y otra”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. LII, Sección Cuarta. 1955. p. 200, ha entendido esta frase como “feto y producto de la concepción”.

Las principales modificaciones al articulado se centraron en las “facultades de las autoridades eclesiásticas frente al poder civil y de la preeminencia que éste reclamaba para sí”²⁴⁶ además de algunos aspectos considerados por los parlamentarios como “inaceptable para nuestras prácticas democráticas”²⁴⁷.

Entre los artículos 330 a 333 las modificaciones no fueron ajenas, ya que se modificaron desde algunas palabras, como en el caso del artículo 330 donde se reemplazó “El que de propósito causare un aborto” por “El que maliciosamente causare un aborto (...)” para dejar expresamente el dolo directo con que se debe actuar. La explicación del por qué la encontramos en la sesión 160 del 25 de junio de 1873 donde la expresión “*maliciosamente*” fue reemplazada en base al siguiente argumento del comisionado Gandarillas:

*“(...) la expresión de “propósito” pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fé, proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto i da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro.”*²⁴⁸

También se determinaron de mejor manera algunas penas, como en el caso de los artículos 330 numeral 3° y 332 donde se agregó “en su grado medio” a la pena de presidio menor o el artículo 331 donde se reemplazó “presidio menor en su grado mínimo o medio” por “grados mínimo a medio”. Sin embargo este artículo 331 fue el que sufrió la mayor de sus modificaciones, no obstante se mantiene su “*espíritu*” se modifica totalmente su redacción.

En definitiva, según la historia fidedigna de la creación del Código, estaba implantado entre sus autores la posibilidad que el médico actuando en base a la buena fe, pudiese realizar un aborto sin estar comprendido dentro de la conducta típica. Esta interpretación ampliamente aceptada durante fines del siglo XIX y comienzos del XX permitía interpretar que la prohibición del aborto no era absoluta dado este caso de

²⁴⁶ NOVOA MONREAL, EDUARDO. “Curso de derecho penal chileno” (I). Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1960. p. 106.

²⁴⁷ RIVACOBBA, MANUEL DE. “Evolución histórica del derecho penal chileno”. Valparaíso, Chile. Editorial Edeval. 1991. pp. 50 – 51.

²⁴⁸ RIVACOBBA, MANUEL DE. “Código Penal de la República de Chile (...)”. p. 536.

aborto consentido realizado por el tercero (médico) en el caso de riesgo para la vida de la gestante, es decir, el acto deja de ser ilícito por el espíritu del Código.

Con todo, como el Congreso había suprimido del proyecto cuatro artículos y un párrafo y esto, obviamente, había alterado la numeración original, se estimó que lo más conveniente era dictar otra ley que autorizara “al Presidente de la República para que, al promulgarlo en los términos en que lo había sancionado el Congreso, alterase las referencias de unos artículos a otros, tomando en cuenta las supresiones hechas al proyecto primitivo”²⁴⁹

Esto conllevó a que el Proyecto aprobado el día 12 de noviembre de 1874, y que comenzaría a regir –según su artículo final transitorio– el 1° de marzo de 1875, guardara una nueva numeración para el delito de aborto, quedando ubicado entre los artículos 342 a 345, y que es donde se ubica hasta nuestros días.

En definitiva el Código Penal aprobado por el Congreso determinó que el delito de aborto se sanciona de la siguiente forma:

“Aborto.

Art. 342.

El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

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

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

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

Art. 343.

Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

²⁴⁹ RIVACOBBA, MANUEL DE. “Evolución histórica del derecho (...)”. cit. p. 51.

Art. 344.

La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

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

Art. 345.

El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.”²⁵⁰

Para finalizar este apartado, no podemos soslayar la desafortunada decisión de la Comisión con respecto a la ubicación del delito de aborto en el Libro II del Código encabezando el título VII, puesto que el incorporarlo en los “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”²⁵¹ ha provocado más de algún problema de interpretación de su contenido. Creemos que, en un sentido estricto, esta opción es la correcta ya que su modelo –el Código Penal Español de 1848– ubicaba este tipo penal entre los delitos contra las personas; pero como en este caso no hablamos de ‘personas’ sino que de ‘una vida humana en proceso’ permite delinear en parte el pensamiento del legislador de la época. Esto es, seguir con la postura del Código Civil de 1855 quien en su artículo 74 señala que:

“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

Sin embargo, en un sentido amplio y siguiendo la postura adoptada por el profesor Raimundo del Río, el delito de aborto no ofende necesariamente el orden de

²⁵⁰ RIVACOBA, MANUEL DE. “Código Penal de la República de Chile (...)”, cit., pp. 154 - 155.

²⁵¹ Epígrafe modificado de su anterior “Delitos contra las familias y la moralidad pública” por la Ley N° 19.927 (D.O. 14 de enero de 2004) relativa a los delitos de pornografía infantil, en su artículo 1 n° 4.

las familias o la moralidad pública ya que es igualmente punible en el caso del aborto de una concubina, de una esposa o una novia²⁵²; si miramos la decisión de la Comisión del año 1871 ahora, en pleno siglo XXI nos parecería correcto que efectivamente ubiquen el delito de aborto tomando como modelo el Código Belga (y no el Español como lo hicieron en su momento) ya que si bien este Código ubica el delito de aborto dentro de su Libro II, Título VII “De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, Capítulo I “Del Aborto”; entiende que no puede cerrarse a la posibilidad del aborto terapéutico regulándolo en su artículo 350 inciso II:

“Sin embargo, no habrá infracción cuando la mujer embarazada, que está en una situación de peligro, le pida a un médico interrumpir su embarazo y que esta interrupción se lleva a cabo bajo las siguientes condiciones.”²⁵³

Entre esas condiciones está el que la mujer deba tratarse en un Centro de atención especializado para este tipo de casos, por un médico de dicho recinto, quien, le informará de sus derechos y deberes y asesoría en general ya sea psicológica o social; se le comunicará de la posibilidad de dar el hijo en adopción; de los métodos anticonceptivos (una vez practicado el aborto); y por cierto, de los riesgos actuales o futuros que podría generar esta maniobra. El plazo para practicar la acción abortiva será con un máximo de 12 semanas desde la concepción, sin embargo en su numeral cuarto del listado de condiciones se señala claramente que, si se quisiera practicar el aborto con posterioridad a este plazo, sólo podrá provocarse respetando las condiciones antes descritas y exige además que “(...) no podrá ser practicada sino que sólo cuando la continuación del embarazo ponga en peligro grave la salud de la mujer o cuando hay certeza que el feto tendrá una condición de gravedad particular y reconocida como incurable al momento del diagnóstico.”²⁵⁴.

²⁵² DEL RIO, RAIMUNDO. “Derecho Penal” (I). Santiago, Chile. Editorial Nascimento. 1935. p. 187.

²⁵³ Art. 350 inc. 2° Código Penal Belga: “*Toutefois, il n’y aura pas d’infraction lorsque la femme enceinte, que son état place en situation de détresse, a demandé à un médecin d’int interrompre sa grossesse et que cette interruption est pratiquée dans les conditions suivantes:*”

²⁵⁴ “*(...) ne pourra être pratiquée que lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu’il est certain que l’enfant à naître sera atteint d’une affection d’une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic.*”

2.2. PUBLICACIÓN DFL 226 DE 1931 Y DFL 725 DE 1967

2.2.1. EL ABORTO Y SU REGULACIÓN SANITARIA CON EL DFL N° 226

La historia legal chilena en sus doscientos años de vida republicana, nos ha demostrado que en materia de aborto, siempre –sólo con excepción de los últimos doce años– se ha permitido a los facultativos médicos que, en base a situaciones claramente establecidas en la ley puedan efectuar alguna clase de aborto.

Como hemos descrito anteriormente en esta investigación, las Constituciones Políticas no han abordado este tema y, desde un comienzo la regulación del aborto quedó en manos del derecho penal y del Código Sanitario. Sólo difiere en este sentido, la Constitución Política de 1980 que, durante su elaboración en plena “Comisión de Estudio de la Nueva Constitución” o también llamada “Comisión Ortúzar” se debatió ampliamente respecto a la consideración o no del aborto como excepción a la Garantía Constitucional de la Vida (específicamente bajo el análisis de vida que está por nacer), pero este tema lo profundizaremos en el siguiente apartado del presente Capítulo.

En definitiva, la realidad práctica de los abortos si bien, eran permitidos bajo ciertas situaciones –como en el caso del aborto terapéutico– éstos no se desarrollaban con un marco legal sanitario acorde con esta delicada intervención médica, es así, que la necesidad de regular por ley los casos de abortos no se planteó sino hasta la década de 1920 a raíz de un aumento significativo en la tasa de mortalidad materna ocasionada por abortos realizados en forma clandestina²⁵⁵, que intentaron frenarse con la dictación del primer Código Sanitario²⁵⁶ en 1918 y no será sino hasta el año 1931 cuando esta carencia legislativa comience realmente a superarse.

²⁵⁵ Así lo ratifica BAÑADOS, FLORENCIO. “Código Penal de la República de Chile Concordado y Comentado” en el año 1920 al señalar: “Este crimen, que por desgracia, se ha hecho tan común, al extremo de haber llegado a vulgarizarse, ha tomado todas las proporciones de una plaga social (...)”. p. 259.

²⁵⁶ En el año 1918 se publica el primer Código Sanitario donde se establece la Dirección General de Sanidad y la creación de organismos sanitarios en cada zona de salubridad, distribución administrativa propia de las ciudades en la época. Sólo fue modificado en el año 1925 con la asesoría directa del Dr. John D. Long, asesor del Gobierno de los Estados Unidos que confirió mayor autoridad al gobierno central por sobre los municipios.

El Decreto con Fuerza de Ley N° 226 (publicado en el Diario Oficial el día 31 de mayo de 1931) del antiguo Ministerio de Bienestar Social²⁵⁷ fue uno más de una serie de avances en materias de salubridad pública que se ejecutaron bajo el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo. En este Decreto se promulgó el texto del segundo “Código Sanitario” de Chile que regulará desde la organización y dirección de los servicios sanitarios hasta la forma en cómo deben tratarse ciertas enfermedades que afectaban al país en esos años²⁵⁸.

En lo que respecta al aborto terapéutico, estaba regulado en el Libro IV, Título III “Del ejercicio de la medicina y profesiones similares”, específicamente en el artículo 226 que rezaba lo siguiente:

“Art. 226. 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 por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.”

La norma se mantuvo vigente por más de treinta años, evitando que muchas mujeres vieran mermada su salud o incluso perdieran su vida a causa de un sinnúmero de enfermedades bastante usuales en la época. Se ha estimado que los males más comunes que justificaron la práctica de este procedimiento, fueron enfermedades como la sífilis y la rubeola, que afectaron a una amplia cantidad de mujeres en esos años y que ponían en riesgo no sólo el embarazo, sino también la vida de dichas mujeres²⁵⁹.

²⁵⁷ Que cumplía funciones no sólo organizando y fiscalizando las instituciones de salud en el país, sino que además se desempeñaba en labores de seguridad social, como la creación y aplicación de leyes sociales o la supervisión de las cajas de previsión. Esta amplia gama de funciones se mantendrán hasta el año 1959, cuando pase a llamarse “Ministerio de Salud”.

²⁵⁸ Vgr. Tuberculosis, pestes de varios tipos, enfermedades venéreas, cólera, tífus y otras.

²⁵⁹ ASOCIACIÓN CHILENA DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA (APROFA CHILE). “Aborto en Chile. Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas”. Santiago, Chile. Febrero 2010, p. 30.

Si bien la norma contribuyó a evitar este tipo de situaciones, no fue lo suficientemente clara en su redacción a la hora de definir qué debía entenderse por “fines terapéuticos”, no obstante aquello Pedro Fernández nos señala frente al análisis del artículo 345 del Código Penal y la función del facultativo que “La medicina es para hacer curar a los enfermos”²⁶⁰, incluso varios años antes Alejandro Fuensalida, en el mismo sentido explica que “si la intención criminal debe ser verificada con cuidado en toda acusación, ello debe serlo más escrupulosamente cuando se trata de un aborto en que un médico aparezca comprometido, puesto que ese hecho ha podido ser el resultado involuntario de los remedios que ha dado de buena fe”²⁶¹. Por lo tanto a pocos años de la vigencia del Código Penal y antes incluso de este segundo Código Sanitario ya era clara la interpretación respecto a la función terapéutica del médico.

En su tenor literal la norma del Código Sanitario sólo se limita a describir el procedimiento médico a realizar, pero nada señaló respecto de las causales de procedencia del mismo. A su vez, se le critica el no haber hecho mención alguna referente al consentimiento de la mujer²⁶², pero se puede desprender según la visión de la época que “la necesidad de salvar la vida de la madre, que está sobre la de un feto, i que importa mas a la sociedad” no daría espacio legal a vulnerar esta protección, y en los casos en que sí hubiese tiempo para evaluar esta acción se le consultaría al “marido si lo tiene o el de los parientes mas inmediatos”²⁶³.

Por otro lado, y paralelamente a su vigencia, las cifras de mujeres que se practicaban abortos en forma clandestina, comenzaba a aumentar significativamente. “Los datos epidemiológicos señalan que a principios de los años treinta la mitad de las mujeres que se habían inducido un aborto eran hospitalizadas. Para 1940, la cantidad de mujeres que se habían realizado un procedimiento de aborto y terminaban hospitalizadas llegaba a 16.560, casi 14 por mil mujeres en edad fértil. En 1960, estas

²⁶⁰ FERNÁNDEZ, PEDRO JAVIER. “Código Penal de la República de Chile. Explicado y Concordado” (II). 2ª Edición. Santiago, Chile. Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona. 1899 - 1900. p. 83.

²⁶¹ FUENSALIDA, ALEJANDRO. “Concordancias i comentarios del Código Penal de Chileno” (III). Lima, Perú. Imprenta Comercial. 1883. p. 7 – 8.

²⁶² POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; BUSTOS, JUAN; GRISOLÍA, FRANCISCO. op. cit., 227.

²⁶³ VERA, ROBUSTIANO. “Código Penal de la República de Chile, Comentado”. Santiago, Chile. Imprenta de P. Cadot I Ca. 1883. p. 542 – 543.

cifras aumentaron más del doble llegando a 48.186. Las mujeres ocupaban una quinta parte de las camas de los servicios de maternidad”²⁶⁴.

2.2.2. EL ACTUAL CÓDIGO SANITARIO

El 31 de enero de 1968 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto con Fuerza de Ley N° 725 del Ministerio de Salud, que contenía el texto de nuestro actual Código Sanitario y como bien señala su artículo n° 1:

*“El Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes.”*²⁶⁵

Este nuevo texto legal sanitario incorporó una serie de modificaciones que pretendían modernizar la organización y aplicación de la salud pública en el país, es así como se da especial énfasis en el tipo de organización que deben tener los servicios de salud municipales, incorpora la seguridad y el higiene del medio ambiente y de los espacios laborales como focos de especial atención y, reemplaza el catálogo de enfermedades que se describían en el DFL N° 226 de 1931 por actividades de prevención en la población.

Como ya era parte de nuestra cultura e historia legislativa, el aborto terapéutico era permitido en nuestros servicios de salud con la diferencia que esta vez, se acotaba el campo de acción del facultativo ya que no se permitirían maniobras para hacer estéril una mujer y, la vez se especificaba mejor quienes eran los facultativos responsables de autorizar un procedimiento de esta importancia, recayendo en los médicos cirujanos.

Es así como el artículo 119 del DFL N° 725 regulaba el aborto terapéutico de la siguiente manera:

*“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.”*²⁶⁶

²⁶⁴ ASOCIACIÓN CHILENA DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA (APROFA CHILE). op. cit., p. 30.

²⁶⁵ CÓDIGO SANITARIO. EDICIÓN OFICIAL. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 12ª Edición. 2006.

De este modo, se hacía frente a la gran preocupación que demostraba la elevada mortalidad materna y, en especial, las muertes de mujeres por aborto; problemas que constituyeron desde 1952 uno de los principales elementos para la implementación de políticas públicas de salud reproductiva, que indudablemente se recogieron en este Código de Salud.

Como señala el Director del Servicio Nacional de Salud de la época, el aborto alcanzaba proporciones epidémicas, causaba la mitad de las muertes maternas y su atención significaba enormes costos para el sistema de salud. La mitad de la sangre disponible en los servicios se utilizaba para atender las complicaciones de abortos sépticos y la hospitalización de los mismos incidía en la disminución de las camas destinadas a atender los partos de las mujeres más pobres²⁶⁷.

Diversos factores sociales y económicos influían en el significativo aumento del aborto y su hospitalización a partir de los años 30, época en que comienza a registrarse como egreso hospitalario. Ello da cuenta de la necesidad imperiosa que las mujeres tenían de regular su fecundidad, aun con los riesgos que implicaba el aborto. En 1960 se registran más de 57.000 hospitalizaciones por aborto, con una tasa de 31.1 abortos por cada 1.000 mujeres de 15 a 49 años. Coincidente con el desarrollo de actividades de regulación de la fecundidad, se observa una tendencia a la disminución de los abortos hospitalizados a partir de 1967, cuando los servicios de regulación de la fecundidad cubrían al 10% de mujeres en edad fértil²⁶⁸.

Estos antecedentes los podemos ver reflejados con mayor detalle en la siguiente tabla que recoge información demográfica y de salud en nuestro país:

²⁶⁶ CÓDIGO SANITARIO. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1973. p. 42.

²⁶⁷ JILES, XIMENA. "De la miel a los implantes. Historia de las políticas de regulación de la fecundidad en Chile". Corporación de Salud y Políticas Sociales. Santiago, Chile. 1992. p. 125. Entrevista a Francisco Mardones, Director del Servicio Nacional de Salud en los años sesenta.

²⁶⁸ MONREAL, TEGUALDA. "Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia de la anticoncepción". Simposio Nacional Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres: Hablemos de Aborto Terapéutico, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos. Santiago, Chile. 1993. pp. 15 - 26.

Año	Muertes maternas		Muertes por aborto	
	Número	Tasa (*)	Número	Tasa (*)
1960	845	299	302	107
1965	860	279	306	99
1970	439	168	185	71
1975	336	131	122	48
1980	185	73	71	28
1985	132	50	34	13
1990	123	40	29	9,4
1991	106	35,4	39	13
1992	91	31	28	9,5
1993	100	34,4	31	10,7
1994	73	25,3	19	6,6
1995	86	30,7	20	7,1
1996	63	22,6	14	5
1997	61	22,3	12	4,4
1998	55	20,3	14	5,2
1999	60	22,7	5	1,9
2000	49	18,7	13	5
2001	45	17,4	4	1,5
2002	43	17,1	7	2,8
2003	33	13,4	5	2
2004	42	17,3	4	1,6
2005	48	19,8	7	2,9
2006	47	19,3	7	2,9
2007	44	18,2	4	1,7
2008	41	16,5	5	2
2009	46	18,5	3	1,2

* Tasa por 100.000 nacidos vivos.

Fuente: Anuarios de Demografía y Estadísticas Vitales (Departamento de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud).

A partir de 1965, es constante la disminución de las muertes por aborto y en general la mortalidad materna, aun cuando el aborto no es el único elemento

explicativo, pues también descienden las otras causas. El descenso da cuenta del impacto positivo que tuvo la utilización de métodos anticonceptivos por las mujeres²⁶⁹.

Cabe resaltar que la disminución de la mortalidad materna en Chile va de la mano de una larga trayectoria de formación profesional de matronas, que data del siglo XVIII y su rol preponderante en el control del embarazo, asistencia al parto y cuidados del puerperio. En 1925 el 70% de los partos eran asistidos por “parteras empíricas”, un 20% por matronas y un 10% por médicos. En el año 1955 médicos y matronas asistían un 15% cada uno, siendo el 70% restante asistido por personal no profesional. Actualmente, un 70% de los nacimientos son asistidos por matronas (total de partos normales atendidos en el sistema público) y el 30% por médicos (práctica privada)²⁷⁰.

Durante la década de los 70's, específicamente, desde el año 1973 en adelante bajo el Gobierno del Presidente Salvador Allende se puso en marcha un plan piloto en el Hospital Barros Luco, bajo la responsabilidad de su Departamento de Ginecología y Obstetricia; este consistía en permitir bajo una –interpretación amplia del concepto terapéutico– que las mujeres embarazadas con menos de doce semanas de gestación lograran realizarse un aborto. Era conocido por los funcionarios del Hospital como “La Máquina” –siendo uno de los capítulos olvidados del Gobierno de la Unidad Popular–, ésta “parecía estar hecha con dos lavadoras pegadas y aspiraba con un ruido suave como el de un sorbeteo. Los fluidos circulaban limpiamente por sus tubos de plástico transparente hacia los desagües. No producía dolor y era rápida”²⁷¹.

El objetivo de este programa lograba entregar acceso a un aborto en condiciones seguras y sin costo para la mujer embarazada en este centro de salud, siempre y cuando cumplieran con los siguientes requisitos: vivir en el sector sur de Santiago en situación de pobreza extrema, preexistencia de una alta paridad y que su gestación fuere no deseada. En esos casos el equipo médico autorizaría el aborto terapéutico,

²⁶⁹ Este efecto es una clara consecuencia del Programa de Planificación Familiar llamado “Control de Regulación de Fecundidad”, implantado por el Servicio Nacional de Salud en el año 1964 y que masificó el uso y la entrega de métodos anticonceptivos en la población. La medida provocó una dura arremetida de los sectores más conservadores del país. No obstante, poco a poco se vieron los primeros resultados: un descenso de la natalidad y la desaparición progresiva de las muertes a causa de abortos clandestinos.

²⁷⁰ MARDONES RESTAT, FRANCISCO. “Del empirismo al profesionalismo en la atención del nacimiento”. Santiago, Chile. 2000.

²⁷¹ PERIODICO THE CLINIC. “La vía chilena hacia el aborto”. Santiago, Chile. 02 octubre, 2011.

pero además la mujer debería someterse con posterioridad de la intervención, a utilizar algún método anticonceptivo o en el caso de no desear tener más hijos, a ser esterilizada²⁷².

María Elena Flores, una de las auxiliares que trabajó en esos años comenta: “Desde que empezamos con ‘La Máquina’, las mujeres no pararon de llegar. Cada día venían más. Venían de todo Chile. Simulaban vivir en la zona sur, y listo... Nosotros no podíamos negarnos a atenderlas. Venían hasta señoritas que se notaba tenían estudios o eran de situación”. Hasta el mes de septiembre de 1973 se realizaron 3 mil abortos gratuitos, legales y en condiciones de perfecto control sanitario; el plan piloto pasó a convertirse en un gran éxito y por lo mismo se ampliaría su cobertura al resto de las regiones del país²⁷³.

Sin embargo como es de público conocimiento, el 11 de septiembre de 1973 junto al Golpe Militar la institucionalidad del país se congeló (y destruyó) dando paso a nuevas administraciones en todos los organismos públicos, el Hospital Barros Luco no fue la excepción y ese mismo día fue intervenido por el gobierno militar.

El doctor Aníbal Faúndes estaba de turno ese martes de septiembre y comenta que sólo quedó con algunos auxiliares, los internos, los becados y las matronas. Pero el Golpe no fue excusa para que no cesara su trabajo. El equipo permaneció tres días encerrado en el hospital atendiendo partos, abortos, heridas y tratando de sobrevivir, las mujeres no paraban de llegar, la maternidad se transformó en un mundo aparte. Allí vinieron al mundo los primeros nacidos en dictadura –comenta el Doctor–²⁷⁴.

Las razones de fondo que justificaban esta medida, que unos meses más tarde se considerará atentatoria contra la vida, las explica perfectamente el Doctor Faúndes:

²⁷² ASOCIACIÓN CHILENA DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, APROFA. op. cit., pp. 30 – 31.

²⁷³ PERIODICO THE CLINIC. op. cit.

²⁷⁴ Ídem.

“Aborto hubo antes del Golpe y después del Golpe y habrá siempre. Lo único que cambia es cuánto riesgo corre la mujer. Nosotros no hicimos más abortos de los que había. Sólo los hicimos menos peligrosos.”²⁷⁵

3. APLICACIÓN DE LA LEY 18.826 QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO SANITARIO Y CONCORDANCIA CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980

3.1. RELACIÓN DE LA LEY N° 18.826 CON LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El ambiente socio-económico que reinaba en los meses posteriores al Golpe Militar estuvo cargado al predominio de una mentalidad conservadora, cercana a la Iglesia Católica y bajo la justificación de “restablecer el orden Institucional” muchas de las garantías y derechos que la Constitución de 1925 aseguraba fueron disminuidos o lisa y llanamente suprimidos.

Uno de los primeros actos de la Junta Militar²⁷⁶, fue la formación de una *Comisión Constituyente*²⁷⁷ con el encargo de elaborar un anteproyecto de nueva Constitución Política del Estado, la que en un comienzo estuvo integrada por los señores Sergio Díez Urzúa, Jorge Ovalle Quiroz, Jaime Guzmán Errázuriz, Enrique Ortúzar Escobar²⁷⁸, que en la sesión constitutiva fue elegido como su Presidente; además fue designado Secretario de la Comisión, don Rafael Eyzaguirre Echeverría. Posteriormente, con fecha 9 de octubre de 1973, se incorporaron como miembros

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ La Junta Militar, tras el Golpe, gobernó el país (1973-1990), teniendo como líder al General Augusto Pinochet, al almirante José Toribio Merino Comandante en Jefe de la Armada; el General Gustavo Leigh, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, y al Director General de Carabineros César Mendoza.

²⁷⁷ A juicio de los autores, una Asamblea Constituyente es el mecanismo de carácter participativo y democrático utilizado para la reforma total o parcial de la Constitución Política del Estado y se encuentra integrada por representante de diversos sectores políticos, sociales, económicos, religiosos, étnicos, entre otros; velando por ser integrada por la mayor cantidad posible de diversidad de pensamiento en la sociedad del momento. Como veremos en este caso, esa visión de Asamblea Constituyente no se cumple, puesto que la gran mayoría de sus integrantes eran académicos conservadores, observadores de la religión católica y, además de confianza de la Junta Militar.

²⁷⁸ Dado que el Señor Enrique Ortúzar Escobar fue electo como Presidente, esta Comisión también es conocida como “Comisión Ortúzar” o “Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC).”

permanentes de la Comisión, los señores Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas y Alejandro Silva Bascuñán.

Una de las principales diferencias que incorporaría esta Nueva Constitución sería señalar de manera ordenada y sistemática un catálogo de derechos y deberes para cada ciudadano de la nación, destacando algunos de ellos que habrían sido conculcados durante el período de gobierno anterior (posterior a las reformas de 1970) “se fortalecerían especialmente aquellas garantías constitucionales (...) como la libertad de expresión, de reunión, de enseñanza, el derecho de propiedad (...) se ampliaría el recurso de amparo, de manera de fortalecer los procedimientos en orden a asegurar que un derecho básico no pueda ser desconocido, coartado y restringido, ni por la acción de la autoridad ni por la de los particulares.”, señala el señor Ortúzar²⁷⁹.

Es en este sentido que al incorporar algunos derechos que no estaban establecidos en la Constitución Política del año 1925, la Comisión se tomó el tiempo de debatir latamente su redacción y el campo que abarcaría su protección. Dentro de ellos, el “Derecho a la Vida”, como primer numeral de este artículo, destacó en su discusión pues, además de ser una innovación el incluirlo en la Carta Magna sus implicancias para otro tipo de cuerpos legales serían importantes. Especialmente en lo que respectaba –en ese momento– a la pena de muerte²⁸⁰ y al aborto terapéutico.

Así pues, el derecho a la vida se discutió durante las sesiones 86 (12 de noviembre de 1974) a la 90 (25 de noviembre de 1974), todo este mes fue necesario para señalar que:

Artículo 19. “La Constitución asegura a todas las personas:

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

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

²⁷⁹ “Actas oficiales de la Comisión Constituyente”. Santiago, Chile. 1975-88. Vol. III. Sesión 83ª (31 de octubre de 1974). p. 2.

²⁸⁰ Hoy es una pena derogada en general por la ley N° 19.734 (D.O. 05 de junio de 2001) y luego complementada por la ley N° 19.804 (D.O. 24 de mayo de 2001) en textos legales en particular.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.”

Como puede desprenderse del mismo texto constitucional, “la vida del que está por nacer” claramente ponía en tela de juicio las normas que hasta ese momento regulaban el aborto terapéutico en el Código Sanitario en su artículo 119, así como en el Código Penal en su artículo 345.

Dentro del trabajo de la Comisión, será el señor Jaime Guzmán quien hará las declaraciones que catalizarán la fecha de muerte a la permisión del aborto en Chile. Sus creencias religiosas provocaron que tanto sus dichos como sus actos en la Comisión fuesen de los más conservadores, en el caso de la regulación del aborto, señala que un niño desde que es concebido pasa a tener alma, y como tal empieza a ser humano. En razón de esto, sus postulados señalan que la vida comienza desde el momento de la concepción y por lo mismo, todo aborto será atentatorio contra este ser. Para él, sólo se justificaría la privación de la vida a otro ser humano en los casos de pena de muerte y en defensa propia, todos los demás casos deben sancionarse como homicidios. Sin embargo su pensamiento se destaca aun más abiertamente cuando señala imperativos morales como el hecho que “una madre está obligada siempre a tener el hijo, en toda circunstancia como parte (...) de la cruz que Dios puede colocar al ser humano. La madre debe tener al hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo derive su muerte”²⁸¹. Si bien estas frases no han quedado expresamente en nuestra Constitución, tampoco se puede desconocer su influencia en su articulado final.

Es así como el día 15 de septiembre de 1989, a días de la salida de la Junta de Gobierno, se publica en el Diario Oficial la ley N° 18.826 que vino a modificar el Código Sanitario en lo que respecta al aborto terapéutico dejando sin posibilidad alguna de realizar esta práctica pues se convirtió en una prohibición (sanitaria) absoluta derivada de la nueva Constitución:

Artículo único.- Reemplázase el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

"Artículo 119.- No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto."

²⁸¹ “Actas oficiales de la Comisión Constituyente”. cit., p. 121.

A partir de este momento la realidad social chilena es transformada abruptamente y de un modo categórico, donde se les quita a las mujeres uno de los derechos que ya se entendían asegurados en la legislación nacional.

En este sentido podemos decir que comienza a predominar en el país una postura constitucionalista de derecho natural, que ya se venía gestando desde la Constitución del 80, pero que ahora se ramificaba a otros cuerpos legales. Esta doctrina que profundizaremos en el apartado 3.3 de este mismo capítulo, no vino sino a ratificar la defensa absoluta de la vida, que podemos encontrar incluso hoy en día con planteamientos más elaborados como el de Hernán Corral que, intenta alejarse de lo que él llama la “cosificación de la vida humana”²⁸² donde se defiende la vida como supervalor, indistintamente de la discusión que pueda llevarse a cabo respecto a si el feto es persona.

3.2. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY N° 18.826

Por difícil que parezca creer, este simple y corto artículo 119 de Código Sanitario fue objeto de una extensa tramitación legal, entendiéndose claro está, que por el período en que se encontraba el país en ese momento su creación no pasó por las manos de parlamentarios, discusión en salas o rechazo de alguna Cámara.

Desde el día 08 de julio de 1988 cuando fue presentada la moción por el Almirante José Toribio Merino Castro, Comandante en Jefe de la Armada y Miembro de la Junta de Gobierno; este proyecto de ley será objeto de importantes debates y tramitaciones por más de un año hasta que sea publicada el 15 de septiembre de 1989, pero extrañamente el proyecto en cuestión y que repercute hasta el día de hoy en nuestra legislación, no es ni remotamente cercano a la moción presentada aquél día.

El proyecto de ley presentado en el Boletín N° 986 – 07 del 08 de julio de 1988, dada su importancia para el estudio del tema investigado, y además por su compleja

²⁸² CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”. *Revista Ius et Praxis*. Volumen 11, n° 1. 2005. pp. 37 – 53.

localización en algún texto de estudio –sólo en los archivos de la Biblioteca del Congreso Nacional– lo transcribiremos íntegramente:

“Proyecto de Ley”²⁸³

ARTÍCULO PRIMERO: *Modifícase el Código Penal, en los artículos que se indican:*

a) *Sustitúyase el artículo 342 por el siguiente:*

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

Si se ejerciere violencia o intimidación sobre la mujer embarazada para cometer el aborto, la pena se aumentará en un grado y si además el aborto se causare la muerte o lesiones en la mujer, se aplicarán las reglas del artículo 74.

Si el aborto se cometiere sin consentimiento de la mujer embarazada y sin violencia sobre ella, se aplicará el máximo de la pena señalada en el inciso primero.

b) *Sustitúyase el artículo 343 por el siguiente:*

²⁸³ Texto extraído de los archivos originales de la Historia de la Ley N° 18.826, Tomo I, pp. 12 – 15.

Artículo 343: Será castigado con presidio menor en su grado medio, el que con motivo de ejercer violencia o intimidación en la persona de la mujer embarazada ocasionare un aborto, aún cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

c) *Sustitúyase el artículo 344 por el siguiente:*

Artículo 344: El médico cirujano, la matrona, o el profesional médico o paramédico que abusando de su oficio causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342 aumentadas en un grado.

d) *Sustitúyase el artículo 345 por el siguiente:*

Artículo 345: El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen sancionado en los artículos 342 ó 344, será sancionado en los términos establecidos en el Título X del Libro II de este Código.

ARTÍCULO SEGUNDO: *Reemplázase el artículo 119 del Código Sanitario por el que se señala.*

Artículo 119: El médico cirujano, la matrona o cualquier otro profesional médico o paramédico no podrán ejecutar acción alguna destinada a producir la interrupción del proceso de gestación de un ser humano, se produzca o no, expulsión de éste.

No se considerarán destinadas a producir la interrupción del proceso de gestación, aquellas acciones médicas que necesariamente deban ejecutarse en la mujer gestante durante el curso del tratamiento de una enfermedad grave y que provocan indirectamente la muerte del feto, aún cuando ésta fuera previsible.

Con todo, las circunstancias de tratarse de una enfermedad grave y la necesidad de ejecutar la acción médica sobre la mujer, a que se refiere el inciso precedente, serán calificadas por, a lo menos, un médico cirujano especialista en obstetricia, un médico cirujano especialista en pediatría, y un tercer médico cirujano que, si es del caso, deberá ser el Jefe del Servicio o Establecimiento hospitalario en el que se encuentre la gestante enferma. En las localidades en que no haya especialistas de los señalados en este inciso, bastará la certificación de dos médicos cirujanos.

Saluda a V.E.

*José T. Merino Castro
Almirante
Comandante en Jefe de la Armada
Miembro de la Junta de Gobierno”*

Como se puede apreciar a simple vista, el texto del proyecto de ley no sólo modificaba el artículo 119 del Código Sanitario, sino que además introduciría importantes modificaciones en toda la regulación del aborto que hace el Código Penal, especialmente en las penas con que sanciona cada variable de este tipo. Además se adjuntó a este texto legal un extenso “Informe Técnico” que presentaba las motivaciones por las cuales era necesario regular de otra manera el aborto en Chile, documento cuya principal idea se basa en “el principio moral y científico de que la vida se inicia antes del alumbramiento (...)” y además afirmando que todo ello descansa “en el concepto básico de que ese ser tiene el derecho natural, a su propia vida.”

El referido informe también hace alusión directa a los Códigos que intenta modificar señalando en primer término que el artículo 119 del Código Sanitario es “inconstitucional” por atentar contra el artículo 19 n°1 de la Carta Fundamental, e “impreciso” ya que la expresión “fines terapéuticos” no tiene un significado unívoco en nuestra legislación, ni aparece definida; pero más grave aun es el hecho que “no resguarda la vida en su etapa intrauterina”. Por su parte, el Código Penal adolecería de menospreciar la vida del que está por nacer en relación con la vida de una persona ya nacida, ambos individuos deberían ser equiparados en su protección legal, esta idea es expresada de la siguiente forma: “(El Código Penal) al señalar las penas para las conductas típicas incurre en una doble valoración de ‘Vida’, según sea que el ser haya nacido o aún se encuentre en el vientre materno.”²⁸⁴

Cabe señalar que durante todo el año 1988 e incluso parte de 1987, se enviaron al señor Merino numerosos informes de destacados médicos y académicos que vendrían a avalar dicho Proyecto de Ley y ratificarían la necesidad de legislar al respecto. Por razones de evitar una dilación del tema no podremos reproducirlos en este texto, lo que es una lástima, sin embargo no podemos dejar de mencionar los sendos informes de los Doctores Alejandro Serani Merlo²⁸⁵, Ernesto Medina Lois²⁸⁶ y Ramiro Molina²⁸⁷; todos ellos en sus documentos enviados al Contraalmirante de la Armada Jorge Martínez Busch señalan expresamente que si bien los avances en la medicina han logrado disminuir al mínimo los casos en que se presente la disyuntiva que ponga en riesgo la vida de la madre gestante y su hijo; no es menos cierto que el dramatismo con que se presentan obligan al profesional de la salud a proponer y ejecutar acciones legítimamente terapéuticas pero que muchas veces son cuestionadas desde la ética profesional; por lo mismo, consideran que en el caso chileno debería mantenerse la posibilidad legal excepcional de practicar abortos

²⁸⁴ Frases extraídas del “Informe Técnico” con que se presenta el Proyecto de Ley en comento, elaborado por don Rodolfo Camacho Olivares, Capitán de Navío; Aldo Montagna Bargetto, Auditor General de la Armada; y por Armando G. Sánchez Rodríguez, Capitán de Fragata JT. (Tomo I, pp. 16 – 19)

²⁸⁵ Médico Cirujano de la Universidad de Chile, Dr. En Filosofía Universidad de Tolouse y, profesor de Ética Médica de la Universidad Católica de Chile.

²⁸⁶ En ese entonces Director de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile.

²⁸⁷ Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile.

terapéuticos toda vez que sean casos debidamente fundamentados por médicos y aceptado por las madres.

Entre el día 12 de julio de 1988 fecha en que la Junta de Gobierno aprueba el Proyecto (sin urgencia) en su sesión legislativa, y el mes de agosto del mismo año, la moción es sometida al estudio de cuatro “Comisiones Legislativas” que no eran, sino distintos militares de alto grado en alguna de las ramas de las Fuerzas Armadas quienes, a pesar de intentar complementar o aportar al proyecto original terminaban despachándolo sin cambios sustanciales.

No obstante esta situación el 02 de septiembre de 1988 la Junta de Gobierno decide formar una “Comisión Conjunta”, presidida por el Presidente de la 2ª Comisión Legislativa, el General Fernando Matthei Aubel, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea. Dicha comisión será la encargada “real” de dar curso progresivo al proyecto de ley presentado. Paralelo a la conformación de esta Comisión, nuevos antecedentes fueron solicitados una vez más a destacados miembros de Iglesias, académicos y médicos de destacada trayectoria; para complementar de mejor forma el trámite formativo de la ley.

A pesar de ser muchas las páginas donde se explican cada una de las posturas de estas personas, sólo mencionaremos el destacado “Informe en Derecho” que presenta el profesor Vivian R. Bullemore, en ese entonces Director del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, quien, en un breve pero macizo informe explica sus “Críticas y objeciones” al proyecto. En términos muy resumidos podemos señalar que para el Profesor Bullemore el “asimilar” y darle “equivalencia” a la vida dependiente así como a la independiente a través del aumento de penas “no pueden ser asimiladas sin causar graves problemas de política legislativa”, es así como se forma una “incongruencia” dentro de las penas del Código como por ejemplo el ser más beneficioso para la madre “matar al feto evitando la pena del parricidio y eludiendo un grado de la correspondiente al infanticidio”; también menciona que de ser aprobado tal como se presenta el proyecto “el párrafo dedicado al delito de aborto estaría sobrando, puesto que bastaría con las figuras contempladas en el Título VIII del Libro

II” donde se tratan los Crímenes y Simples delitos contra las personas. Varias otras observaciones a las modificaciones del Código Penal las hemos omitido de manera deliberada para evitar extendernos demasiado en este sub apartado, como por ejemplo lo “peligroso” de establecer el aborto culposo.

En cuanto al mencionado artículo 119 del Código Sanitario, señala que “el aborto terapéutico debe mantenerse en forma potencial, por razones insolubles cuando las opiniones médicas fundamentadas y la aceptación de los padres de la criatura coinciden con ello”, esta afirmación la hace teniendo en consideración que la realidad de avances tecnológicos ni condiciones hospitalarias son similares en todos los establecimientos del país. Finaliza su informe señalando que en Chile se comete, según “cifras negras”, un aborto cada tres minutos; lo que lleva a reflexionar respecto a que si la ley actual no ha sido capaz de frenar esta actitud, menos se logrará con una que aumente las penas, la clave está en la prevención.

Con todos estos antecedentes, sumados a nuevos trámites y autorizaciones internas (que no miran con buenos ojos el despacho de esta ley²⁸⁸ y que logran hacerla parecer “no adecuada para lo que el país necesita”, por lo que la entran o dilatan su avance legislativo) de la Junta sólo permiten que el día 16 de agosto de 1989, la Comisión Conjunta pueda emitir un real “Informe Complementario” que presentará importantes modificaciones aplicadas al proyecto original:

En primer término, la Comisión ratifica la decisión de la 1ª Comisión Legislativa de retirar “la proposición de modificar el Código Penal en lo que se refiere al aumento de las penas del delito de aborto, y sugirieron modificar solamente el artículo 119 del Código Sanitario.”²⁸⁹

²⁸⁸ No se puede dejar de mencionar una carta enviada por el entonces Obispo de Rancagua don Jorge Medina Estévez (que consta íntegramente en las Actas de la Historia de la Ley), quien, de manera voluntaria y personalizada a la Junta de Gobierno emite su visión respecto al proyecto de ley que se discutía en ese momento, y que a juicio de los suscriptores tuvo una importante influencia en el Informe despachado por la Comisión Conjunta.

²⁸⁹ Informe Complementario de la Comisión Conjunta, p. 2.

Ahora bien con respecto a la modificación que sufrirá el artículo 119, se han tenido en consideración los antecedentes enviados a la Comisión que señalan que el “aborto terapéutico no tendría aplicación, ya que en la actualidad, debido a los notables avances de la ciencia, es muy poco probable que exista una contraposición entre la vida de la madre y la del feto (...)”²⁹⁰. Por lo mismo, se considera “inconveniente” el mantener una norma que regula una actividad en desuso entre la población y que sólo vendría a justificar abortos sin sentido en hospitales y clínicas.

No obstante esta argumentación se deja de manifiesto que, “la posibilidad de que existirían algunos remotos casos en que el aborto terapéutico podría tener aplicación, se estimó (...) que en esa situación el juez va a aplicar las disposiciones generales del Código Penal.”

Es así que en definitiva se propone regular el aborto terapéutico, eliminando su legitimidad, con el siguiente tenor: “*No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto.*”, modificando completamente el contenido del proyecto de ley discutido durante más de una año en distintas instancias ejecutivo-legislativas.

El día 21 de agosto de 1989, la Comisión Conjunta emite un “Segundo Informe Complementario” que vendrían a salvar ambigüedades o errores en la interpretación del nuevo artículo 119 propuesto antes de su promulgación final.

Este Segundo Informe señala que durante el estudio del Proyecto de ley en comento, la Comisión Conjunta volvió a concluir en la necesidad de mantener en el Código Sanitario una norma que contemple el aborto terapéutico para casos excepcionalísimos ocurridos durante el ejercicio laboral del profesional de la salud. En efecto, se consideró que la expresión “acción directa”, como contrapuesta a “acción indirecta”, podrá 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 mejor objetividad de la norma.

²⁹⁰ Informe Complementario de la Comisión Conjunta, p. 3.

Por lo tanto el texto de la norma que se somete a la consideración de la Honorable Junta de Gobierno reza de la siguiente forma: “*No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.*” Texto que como bien sabemos fue aprobado por la Junta el 22 de agosto de 1989, promulgado a los dos días y finalmente publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 1989.

3.3. ANÁLISIS DOCTRINARIO CONSTITUCIONALISTA Y PENALISTA RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 18.826 EN RELACIÓN CON EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO SANITARIO

De acuerdo con lo analizado a lo largo de esta investigación, nuestro ordenamiento jurídico frente al delito de aborto no contempla –aparentemente– alguna excepción en cuanto a la prohibición de realizar dicho acto; sancionando severamente con penas privativas de libertad quienes vulneren dicha norma, las que variarán dependiendo de la persona que ejecute dicha maniobra o si estamos frente a un acto consentido o no.

Analizando en detalle que tan prohibitivo puede llegar a ser el mandato señalado en el artículo 119 del Código Sanitario podemos ver que la prohibición sanitaria del aborto no contempla en nuestra legislación excepción alguna, ni aun cuando se encuentra en peligro la vida o salud de la madre (indicación terapéutica), o bien cuando la mujer ha sido víctima de violación (indicación criminológica), los casos de malformaciones o patologías del feto (indicación eugenésica), en los casos de violaciones (indicación de honor u honra), ni tampoco en los casos en que la mujer no pueda en razón de su situación socioeconómica solventar el nacimiento de un hijo (indicación socioeconómica). En definitiva, la norma –*a priori*– pareciera ser absoluta.

No obstante lo expuesto precedentemente, en este apartado profundizaremos en las dos corrientes doctrinarias mayoritarias que aplican la Ley N° 18.826 de diversa manera, una de origen *constitucionalista* que siguiendo el mandato de nuestra Carta Fundamental interpreta esta norma sin excepción alguna, y la otra, de corte *penalista* que admite ciertas situaciones en que pareciera ser que el aborto no está tan prohibido como pareciera ser.

La primera de estas corrientes, aquella basada en el mandato de nuestra Constitución, señala que como consecuencia única e irrefutable de lo estipulado en el artículo 19 numeral 1° del texto legal²⁹¹, nuestro ordenamiento jurídico debe velar por proteger “la vida” como un derecho fundamental. Esta disposición se extiende, según dicha corriente, al *nasciturus* desde su concepción (es decir desde la unión de gametos) como “vida en potencia o vida del que está por nacer”; por lo mismo, sería un error admitir alguna variable que permita establecer el aborto como una excepción a dicha disposición²⁹². Al respecto el profesor José Luis Cea describe claramente esta forma de pensamiento al señalarnos los rasgos principales de la Declaración de Principios del Gobierno de Chile en el año 1973-1974 “(...) el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana del hombre y la sociedad (...) De acuerdo con lo anterior, entendemos al hombre como un ser dotado de espiritualidad. De ahí emana, como verdadero fundamento, la dignidad de la persona humana (...)”²⁹³

La razón de tan ferviente defensa a la vida se basa en el derecho natural del hombre es decir que hay actos buenos y actos malos en sí mismos, en virtud de la propia naturaleza inmutable del hombre, mediante la cual Dios ordena los actos de éstos últimos generándose una dependencia de la conducta humana. En vista de esta postura filosófica-legal el derecho a la vida es un derecho natural de todo hombre, que tiene él por el solo hecho de ser persona.

Por lo tanto, el aborto es gravemente contrario a la ley natural y a la Constitución Política ya que la vida del que está por nacer, al ser éste una persona, resulta directamente tutelada por el inciso primero del número primero del artículo 19 de la Carta Fundamental. La misma postura se mantiene incluso frente al aborto terapéutico

²⁹¹ “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

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

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

²⁹² Véase entre otros a: CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Volumen 13. 1989-1990, p. 33 y ss.; SOTO KLOSS, EDUARDO. “El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución”, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Volumen 88. 1991, Sección 1ª, p. 55 y ss. o; ISLER SOTO, CARLOS. “En torno a la personalidad del embrión”, Revista de derecho (Universidad Austral de Chile). Volumen 11. 2000, p. 121 y ss.

²⁹³ GOBIERNO DE CHILE. “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”. Editora Nacional Gabriela Mistral. 1974. p. 13. En CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. “Derecho Constitucional Chileno” (I) Santiago, Chile. Editorial Ediciones UC. 2008. p. 76.

que se asemeja incluso a las manipulaciones *in vitro* pues todas son vidas dignas de protección Constitucional, según Cea “el hombre y la mujer son ontológica, deontológica y axiológicamente anteriores y superiores al Estado”²⁹⁴. Sin embargo hacen la salvedad en el caso de la aplicación a la madre de una terapia indispensable contra una enfermedad, por ejemplo un cáncer, destinada a salvar su vida, y que éste genere como efecto accidental y no querido ni como fin ni como medio, la muerte del feto.

En este último sentido Miguel Soto y María Inés Horvitz señalan que la ley número 18.826 si bien, quiso eliminar el aborto terapéutico en nuestra legislación, ésta prohibición no es absoluta dado que se sustenta en la “doctrina del doble efecto proveniente de la teología moral católica”. Según esta Doctrina “se admite implícitamente, y con eficacia excusante, la producción de dicho resultado como consecuencia no buscada (no querida) de una acción realizada para la consecución de un fin legítimo, supuesto que dicha acción sea proporcionada como medio para alcanzar ese fin”²⁹⁵. Para avalar esta postura debemos tener en consideración aquel “dolo directo” que fue instaurado en la Comisión Redactora al momento de exigir que la conducta abortiva fuese realizada “maliciosamente”, ergo, para esta corriente el aborto como regla general no estaría permitido, sin embargo no cabría en esta prohibición el “aborto terapéutico indirecto” puesto que su fin u objetivo no es atentar contra la vida.

En la tribuna contraria nos encontramos con la doctrina penal predominante actualmente que dice relación en primera instancia con la historia fidedigna al momento de redactar nuestro actual Código Penal, pero al mismo tiempo dicho argumento se enmarca en las actuales causales de justificación comprendidas en el artículo 10 número 10 del mismo cuerpo punitivo²⁹⁶, y sin lugar a dudas por la historia fidedigna de la Ley n° 18.826 que no vino sino a reiterar la prohibición general en contra del aborto prescrita en el código penal entre sus artículos 342 y 345.

²⁹⁴ CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. op. cit. p., 169.

²⁹⁵ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS; SOTO PIÑEIRO, MIGUEL. “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del ministerio de justicia”. Revista de Estudios de la Justicia. N° 9. 2007. p. 83 – 85.

²⁹⁶ Véase entre otros a: ETCHEBERRY, ALFREDO. op. cit. (III). 1998. pp. 105 y ss.; GARRIDO MONTT, MARIO. op. cit. (III). 2005. pp. 118 y ss.; POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. op. cit. 2005. p. 96 – 98; BULLEMORE G., VIVIAN R. op. cit. p. 49 - 52.

Ahora bien, para aplicar esta justificación no basta con la buena fe o con ausencia de malicia consciente, –como señala Antonio Bascuñán Rodríguez²⁹⁷– debemos además circunscribirla a una postura ya sea *monista* o *dualista* de antijuricidad. En el primero de estos casos –postura monista– ésta debe entenderse como una norma prohibitiva total, expresada en supuestos de hecho que deben ocurrir (positivos) y otros que no deben ocurrir (negativos), es así, como al mencionar “maliciosamente” se hace una mención tácita de aquellos hechos negativos que deben estar presentes para concluir que el acto es penalmente prohibido.

Sin embargo al considerar la postura dualista de la antijuricidad presente en el aborto, la situación es más compleja puesto que es un potencial choque posiciones, por un lado se entiende que hay “posiblemente” normas prohibitivas que se aplicarían al caso, y otras normas permisivas que “siempre” se aplicarían al caso. Esto permite interpretar que la expresión “maliciosamente” hace las veces de una *metarregla* frente a la cual se otorga prioridad a la norma permisiva por sobre la prohibitiva; esto se puede aplicar de manera concreta mediante la subsunción de este hecho en alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal descritas en el artículo 10 del Código Penal, específicamente Bascuñán menciona su numeral 10²⁹⁸ donde el “ejercicio legítimo de la profesión (medicina)” daría a este tercero que obra de buena fe el realizar el aborto sin caer en ilícito alguno.

En el mismo sentido Politoff, Matus y Ramírez señalan que la norma instaurada por la ley n° 18.826 no vino sino a reiterar la prohibición general del Código Penal respecto a la prohibición que pesaba sobre el facultativo que quisiera realizar algún aborto y que estaba claramente descrito en el artículo 345, por lo tanto, al no existir una “excepción especialmente regulada” no habría problema alguno en incluir las “reglas generales” del Código, que le permiten al médico que obre dentro de su *lex artis* y en casos excepcionales el poder justificar su acción terapéutica.

²⁹⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. Revista de Derecho y Humanidades. N° 10. 2004. p. 143 – 181.

²⁹⁸ “Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

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

Existe una postura alternativa planteada por Antonio Bascuñán que propugna la inconstitucionalidad del artículo 119 del Código Sanitario, puesto que dicho precepto negaría lo que llama el “principio de inexigibilidad o exigibilidad diferenciada”. Este principio se sustenta en que cada embarazo le implica a la mujer una serie de sacrificios personales o “conflictos de intereses constitucionales” entre los que se pueden mencionar su derecho a la vida, su autodeterminación reproductiva o su salud física o psíquica; estos sacrificios deben hacerse en base a un “deber de solidaridad” que recaee sobre la mujer para proteger la vida del ser en gestación²⁹⁹.

Frente a este escenario plantea la pregunta ¿hasta qué punto la mujer está obligada a sacrificar sus derechos constitucionales? Pues bien, Bascuñán cree que “el derecho público chileno reconoce que la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es relativa y no asigna importancia alguna a la intencionalidad de la mujer como criterio para justificar la inexigibilidad de ese deber”. En el fondo plantea que el sacrificio de intereses que la mujer hace durante el embarazo se presenta en un grado de tolerancia específico –fundamentalmente autodeterminación reproductiva y su vida– por lo tanto, cuando dicho sacrificio sea superior a ese grado de tolerancia, se aplicaría la “inexigibilidad” a la mujer por sobre los derechos del *nasciturus*; lo que eventualmente permitiría la práctica de aborto terapéutico cuando el sacrificio de la vida o la salud de la madre sea sobrepasado por el deber moral impuesto por el Estado.

Finalmente para reforzar esta postura mayoritaria de doctrina penal actual, está la visión del profesor Bullemore, quien, no considera necesario llegar a determinar la inconstitucionalidad del artículo 119 mas cree que hoy en día debe considerarse a la *lex artis* ya no sólo como una norma reguladora de las técnicas y procedimientos médicos, ahora además deben entenderse como incorporados en ella, los principios con que debe actuar el facultativo. Es decir, que bajo este concepto actualizado de *lex artis*: No habrá delito “cuando el médico cumpla con el elemento normativo, referido al tipo, de obrar sin abuso, por estar actuando dentro del concepto de *lex artis*: entonces su conducta será atípica, pero requerirá consentimiento de la madre o el padre”; o Habrá justificación “cuando el médico obre dentro de la *lex artis*, pero sin

²⁹⁹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. op. cit., p. 167 – 172.

consentimiento de uno de los padres, o cuando, habiendo consentimiento, actúe velando terapéuticamente por la salud de la madre, como en los casos de inviabilidad del feto”³⁰⁰.

3.4. EL NUEVO TIPO PENAL DE FEMICIDIO Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ABORTO

No obstante esta última justificación del artículo 10 n° 10, que pareciera ser a simple vista de toda lógica su aplicación pues haciendo una tesis apriorística y aplicando la buena fe debemos creer que el médico que intervenga en una maniobra abortiva terapéutica lo hace ejerciendo legítimamente su oficio, hoy en día existe una nueva causal de justificación para el aborto terapéutico que poco a poco empieza a ganar espacio entre la doctrina penal, es aquella modificación introducida al Código Penal por la Ley N° 20.480³⁰¹ que crea la figura penal de “femicidio” y que, en su historia fidedigna de creación permite llevar a esta interpretación.

Si bien el tema del femicidio y su figura penal es digno de análisis *per se*, en esta ocasión sólo nos remitiremos a una de sus consecuencias “colaterales” ya que con su creación se quiso aumentar el “estado de necesidad” como eximente de responsabilidad penal, contenida hasta ese momento en el numeral 7° del artículo 10 de nuestro Código Penal. Según lo expuesto por el profesor señor Enrique Cury (invitado asesor durante la sesión de Comisión Mixta) éste señala que durante el proceso de creación de la ley en la Cámara de Diputados se ha intentado “cubrir la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de las mujeres maltratadas que, posteriormente, son victimarias”; para lograr este cometido se ampliaría el actual estado de necesidad creando un nuevo numeral 11 del artículo 10:

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

³⁰⁰ BULLEMORE G., VIVIAN R. op. cit. p. 50 – 52.

³⁰¹ Ley N° 20.480 (Publicado en el Diario Oficial 18 de diciembre de 2010): “Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio.” [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343&buscar=20480>> [consulta 30 de marzo de 2012].

11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.”

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

Tal como lo señala Cury, esta norma introducida en nuestro articulado proviene de una norma similar establecida en el Código Penal Alemán, que en su parágrafo 35 señala lo siguiente:

“§ 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad (...)”.

Al mismo tiempo señala que en la legislación penal italiana, también existe una norma de similares características:

“Art. 54. Estado de necesidad

No es punible aquél que ha cometido el hecho por haber sido coaccionado a él por la necesidad de salvarse a sí o a otro de un peligro actual, de un daño grave a su persona, peligro que no ha causado voluntariamente ni era de otra manera evitable, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro.”³⁰²

De acuerdo a estos antecedentes podemos concluir entonces que, si hasta ahora el estado de necesidad sólo operaba de manera muy restringida en aquellos casos en

³⁰² “54. Stato di necessità

Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.”

que se sacrificaba la propiedad o la inviolabilidad de la morada para proteger vida o integridad física; ahora queda redactado en términos que incluye, concurriendo las exigentes condiciones que allí se indican, tanto la vida como la salud de otra persona lo que permitiría eventualmente justificar un aborto terapéutico en el caso de salvar la vida de una madre gestante o resguardar su salud, sólo para los casos en que el mal sea inminente, no exista otro medio más que la maniobra abortiva para ayudarla y que el mal causado sea razonablemente superior al que se intenta proteger.

Siguiendo esta posición de ampliar las posibilidades de justificación bajo el “estado de necesidad” está la ya señalada por el profesor Bullemore quien, según su *lex artis* “modernizada a los nuevos tiempos” (que también regularía los principios fundamentales con que debe obrar un facultativo) indica que habría causal de “exculpación cuando no se den los requisitos de justificación (ver parágrafo final de parte 3.3 del presente Capítulo), cuando actúe en error de prohibición, o en estado de necesidad exculpante, o impulsado por una fuerza moral irresistible”; cuando por ejemplo contra la voluntad de los padres, pero impulsado por su obligación decide salvar la vida de la madre³⁰³.

A mayor abundamiento podemos expresar que esta causal de justificación ya venía de mucho antes, puesto que Politoff, Grisolia y Bustos señalaban (antes de la publicación de la Ley N° 20.480) que:

“Bien puede acontecer que el médico o el no médico se enfrente a una *situación de emergencia* en la que la no realización del aborto pone en peligro actual o inminente la vida de la mujer o su salud en forma grave. Esta actuación no puede ser sino afrontada como un caso de estado de necesidad *no legislado*. Si se dan los requisitos generales del estado de necesidad, incluido por cierto el que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el daño que amenaza a la mujer, habrá que examinar, en el caso del médico los deberes profesionales en conflicto (...) Respecto de la vida de la madre no habrá jamás problema, ya que todo el sistema jurídico, sin necesidad de acudir a una valoración cultural,

³⁰³ BULLEMORE G., VIVIAN R. op. cit. p. 52.

exterioriza la supremacía del valor de la vida de la persona sobre la vida del feto. En consecuencia, sea un médico o un particular cualquiera el que ejecute el aborto, en tal caso habrá realizado una conducta que no es antijurídica, en cuanto se ha obrado la voluntad del derecho o, lo que es lo mismo, existirá una justificación supralegal³⁰⁴.

4. SUMARIO

Luego de una acabada investigación en lo referente a la evolución histórica en nuestra legislación del aborto –y especialmente el caso del aborto terapéutico– se pueden hacer varias conclusiones. En primer lugar se debe mencionar que nuestros orígenes como Estado independiente y autorregulado, sin lugar a dudas fue complejo, la inexperiencia de como crear leyes que fuesen justas y luego saber como aplicarlas dejó de manifiesto a comienzos del 1800 que no es tarea fácil y que se requiere de una cierta madurez cívica y política.

Es por ello que debemos valorar el proceso codificador iniciado en la segunda mitad del siglo XIX puesto que demostraba un crecimiento como sociedad, donde se intentaban aprovechar los grandes movimientos que recorrían Europa y Estados Unidos como la corriente positivista. Fue esta tendencia la que en 1870 generó la Comisión que vendría a crear en nuestro país el primer Código Penal, un moderno texto con claras influencias del Código Español y del Belga, uno por su cercanía cultural e histórica; y el otro por su evolucionada distribución de contenidos así como por su moderna regulación de ciertos tipos penales. Este largo trabajo no fue en vano, pues el resultado fue un texto de alta calidad que ha regulado desde 1875 y lo sigue haciendo hasta nuestros días nuestras conductas criminales, sólo sufriendo pequeñas modificaciones para acondicionarlo a los tiempos actuales.

Siguiendo este lineamiento, el aborto no ha experimentado modificación alguna desde la creación del Código lo que permite establecer ciertas críticas al respecto, en

³⁰⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. op. cit. Editorial Jurídica de Chile. 1993. (2ª Edición). p. 172.

el sentido de no mantenerse a la vanguardia en lo que a determinación de penas se refiere o mucho menos en la forma como se describen las diferentes variables de este tipo penal. Este congelamiento en el tiempo de su regulación ha llevado a que sea un artículo cuya redacción lo ha dejado en minoría respecto a cómo se enfrenta el tema a nivel latinoamericano y por cierto, en el resto del Mundo, como lo sería por cierto el reconocer al aborto terapéutico en determinadas circunstancias y bajo ciertos requisitos.

Varios años después con la publicación del DFL 226 y el DFL 765 de 1931 y 1967 respectivamente, la sociedad chilena intentaba actualizarse en lo que respecta a regulaciones sanitarias dictando estos dos Códigos Sanitarios. El primero de ellos se enfocó fundamentalmente en la descripción para el manejo de ciertas enfermedades que asolaban a la sociedad chilena de la época como lo era la tuberculosis u otras graves pestes que no tenían manejo sanitario; el aborto terapéutico no fue la excepción y su artículo 226 lo admitía con la opinión documentada de facultativos o testigos según sea el caso. El Código Sanitario de 1967 por su parte, le dio modernidad orgánica a los centros de salud y se enfocó en hacer de la prevención la mejor herramienta para el control de las enfermedades; manteniendo el mismo sentido de regulación planteado por el Código que lo precedía, el aborto terapéutico era permitido esta vez, “con la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”.

Como bien hemos expresado en el año 1980 se publicó una nueva Constitución Política cuya base fundamental elaborada por una sesgada “Comisión” que dejó impresa en ella importantes modificaciones que fueron un avance y que no fueron consideradas en la Constitución de 1925, pero al mismo tiempo es poderosa su influencia al momento de construir una sociedad conservadora y restrictiva; y dicho nexo causal repercute hasta nuestros días en variadas otras legislaciones jerárquicamente dependientes de lo prescrito en la Carta Fundamental, como lo es el Código Penal y el Sanitario.

En este sentido la Ley N° 18.826 publicada el 15 de septiembre de 1989 sólo fue una consecuencia más de este texto Constitucional que como bien sabemos instaló una prohibición (sanitaria) en el DFL 765, específicamente en su artículo 119 quedando

regulado el aborto terapéutico de la siguiente forma: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. En definitiva la doctrina constitucionalista basada en el derecho natural del hombre –que se poseen desde la concepción–, quiso defender lo prescrito por el artículo 19 N° 1 de la Constitución defendiendo en este sentido prohibitivo “la vida del que está por nacer”, sin evaluar como ya lo hemos señalado si esta medida efectivamente es la más conveniente a la hora de regular el aborto en una sociedad democrática y madura.

Afortunadamente esta tendencia hoy en día está siendo desplazada por una elaborada corriente penalista, que ha dado sus pasos más concretos con normas como la del año 2007 donde se publica el Decreto N° 48 del Ministerio de Salud, estableciendo las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” y, que según lo expresado posteriormente por el Tribunal Constitucional no afectaría el derecho a la vida el hecho de aplicar métodos anticonceptivos pero tampoco lo haría la fecundación *in vitro*, es decir la manipulación de embriones fecundados que posteriormente se implantarían en el útero materno.

Además no podemos dejar de mencionar la Ley N° 20.480 del 18 de diciembre de 2010 que modifica la Ley de Violencia Intrafamiliar y crea la figura penal del “Femicidio”, con ésta, también se modifica el Código Penal en su artículo 10 N° 11 ampliando el “Estado de Necesidad” como justificación penal (específicamente exime al hechor de toda responsabilidad penal por no considerarse antijurídica la conducta) para proteger –eventualmente– la vida o la salud de una madre en riesgo. A esta justificación no podemos dejar de anexarle la ya expresada por la actual corriente penalista que subsume dicha conducta médica –dentro de su *lex artis*- en lo prescrito por el artículo 10 N° 10 del Código Punitivo, señalando que no habría ilicitud en la conducta abortiva terapéutica por entenderse que el facultativo lo realiza ejerciendo legítimamente su oficio.

Finalmente a juicio de los autores, ésta última interpretación del numeral 10° en el artículo 10 es, efectivamente, la aplicada hoy en día. Tanto por lo señalado por miembros del Colegio Médico³⁰⁵, así como por los antecedentes de causas de los

³⁰⁵ Pensamiento ya presentado en el Capítulo I de la presente investigación.

últimos treinta años que están en los Tribunales de Justicia del país (donde hay varias causas relativas a prácticas abortivas, pero ninguna en relación a un aborto terapéutico), todo hace elucubrar dos opciones. Primero, que efectivamente no se practican abortos terapéuticos en el país, lo que conllevaría a que si los médicos se viesen frente a eventuales casos de riesgo para la salud o vida de la madre se optaría por llevar ese embarazo a término en pos de resguardar la vida del que está por nacer en desmedro de la vida de la mujer; o también tenemos la segunda opción, donde admitimos que este tipo de maniobras se practican en la realidad, y donde se deja a juicio del facultativo (muchas veces apoyado por un "Comité de Ética" del mismo centro de salud) interrumpir el embarazo para mejorar la condición de salud de la madre. Situación que nos parece más razonable de presentarse en los hospitales y clínicas del país.

CAPÍTULO IV

PROYECTOS DE REGULACIÓN

1. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO DE 2005, ELABORADO POR LA COMISIÓN FORO PENAL.

1.1. EL ABORTO EN EL ANTEPROYECTO

El año 1999, el Ministerio de Justicia reunió a un amplio grupo de catedráticos y abogados destacados en el ámbito penal, con el objeto de estudiar y discutir diversas materias relacionadas con la normativa criminal chilena, con miras a una eventual modificación, en sintonía con el proceso de reforma procesal penal que por aquellos años se iniciaba. La instancia se denominó “Foro Penal”, y si bien en un comienzo, sólo buscaba constituirse como un “centro de encuentro y discusión”³⁰⁶, el año 2003 se decidió darle al Foro el carácter de Comisión Redactora de un Anteproyecto de Código Penal³⁰⁷, el que fue finalizado y entregado al Ministerio de Justicia el día 18 de diciembre de 2005, poco antes del término del Gobierno de Ricardo Lagos Escobar. Correspondería a la administración sucesora conducir el Anteproyecto al Congreso para su estudio y discusión, sin embargo, y a pesar de la voluntad inicial, con el tiempo la idea de reforma fue perdiendo respaldo político, y el Anteproyecto no logró avanzar a las etapas sucesivas.

Precisamente, uno de los temas que generó polémica durante la elaboración del Anteproyecto fue el aborto. Esto, debido a que se decidió mantener en lo sustancial la

³⁰⁶ ETCHEBERRY O., ALFREDO. “Reflexiones sobre Política Criminal”. [en línea] Política Criminal. Julio, 2009. Volumen 4, número 7, doc. 2, p. 237 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7D2.pdf> [consulta: 05 enero de 2012].

³⁰⁷ DECRETO N° 443. Crea Comisión asesora del Ministerio de Justicia denominada Comisión de Estudio para la Elaboración de un Anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal. Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 12 de junio de 2003.

regulación que al respecto establece el Código de 1874, sin debatirse sobre la posibilidad de introducir cambios en el sistema de prohibición al que se adhiere la legislación chilena. A continuación revisaremos en detalle la regulación del aborto contenida en el Anteproyecto.

El aborto está tratado en el Libro II, Título II, entre los artículos 92 y 95³⁰⁸. La principal modificación que incorpora el proyecto tiene que ver con la ubicación del delito, pues lo sitúa en un Título y párrafo independiente, con el objeto de evitar juicios previos respecto a “la complicada discusión filosófica y política involucrada en la distinción entre la vida del que está por nacer y la del ser humano puesto en el mundo”³⁰⁹. Este cambio en la ubicación, además posee un fundamento sistemático, pues se decide situar el aborto en un contexto más adecuado al bien jurídico protegido. La propuesta elaborada por la Secretaría Técnica y presentada al Foro Penal lo explica citando a los profesores Labatut y Zenteno, de la siguiente forma:

“Hay acuerdo entre nosotros en que el bien jurídico protegido en las figuras del *aborto*, es la *vida del que está por nacer*, esto es, la vida humana dependiente, que se sitúa en un continuo previo a la protección que a la vida humana independiente dispensa el Código a través de las

³⁰⁸ SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. “Anteproyecto de Código Penal de 2005. Elaborado por la Comisión Foro Penal”. [en línea] Política Criminal. Julio de 2006. Volumen 1, número 1, D1. <http://www.politicacriminal.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=25> [consulta: 10 de enero de 2012]. TÍTULO II, DEL ABORTO.

Art. 92. El que comete un aborto será castigado:

1º. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si ejerce violencia o intimidación en la persona de la mujer embarazada;

2º. Con la de reclusión menor en su grado máximo, si, no ejerciéndola, obra sin consentimiento de la mujer o lo obtiene mediante engaño;

3º. Con la de reclusión menor en su grado medio, si la mujer consiente; y

4º. Con la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si con violencias ocasiona un aborto, siempre que no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le conste.

Art. 93. La mujer embarazada que comete su aborto o consiente que otra persona se lo cometa, será castigada con reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Art. 94. Al facultativo que, abusando de su oficio, cometa un aborto o coopere a él, se le impondrán, respectivamente, las penas señaladas en el artículo 92, y la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo.

Art. 95. La tentativa y la frustración de los simples delitos comprendidos en los artículos anteriores de este párrafo son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicará la pena de este último.

³⁰⁹ SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. [en línea] Política Criminal. Julio 2006. Volumen 1, número 1, D3, p. 55. <http://www.politicacriminal.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=25> [consulta: 10 de enero de 2012].

distintas formas de homicidios punibles. Por lo mismo, resulta ahora extraña la ubicación que en la geografía del Código le dio la Comisión Redactora –apartándose con ello del modelo español–, a esta clase de delitos, situándolos en sus arts. 342 y sges., entre las figuras relativas al *orden de las familias y la moralidad pública*³¹⁰.

Por otro lado, la Secretaría propuso incorporar dentro del mismo Título II, los delitos de lesiones al feto y manipulación genética, sin embargo, la propuesta no fue acogida “atendido que el castigo de las primeras se rechazó en las reuniones del Comité Directivo con la Secretaría Técnica, donde además, respecto del segundo grupo de delitos, se estimó que su regulación no correspondía en esta parte del código, atendido el peligro común de los hechos que se pretendían regular”³¹¹. De esta forma, el Título II aborda únicamente el delito de aborto³¹².

Parte el Título con el artículo 92, que básicamente contempla los mismos casos de aborto provocado por un tercero que establecen los artículos 342 y 343 del actual Código Penal, otorgando incluso las mismas penas.

Además, y “al igual que hoy en día, se prefiere no hacer una definición de la expresión “aborto”, reemplazando únicamente la expresión “causare” por “cometiere”, que es la empleada en la Parte General junto a la de “perpetración”. Las dificultades de entrar en una discusión de esta naturaleza son de sobra evidentes en nuestro actual estadio de desarrollo cultural y jurídico”³¹³.

Luego, el artículo 93 regula el llamado Autoaborto, castigando a la mujer que comete su propio aborto o consiente en que otro se lo cometa, a reclusión menor en su grado mínimo a medio, reduciendo así la sanción prevista por el Código Penal vigente para la mujer que provoca su propio aborto, ésto, fundado en “las valoraciones sociales

³¹⁰ Ídem.

³¹¹ Íbidem, p. 56.

³¹² Cabe mencionar la observación efectuada por la profesora Silvia Peña, quien recomendó ubicar el aborto en el Título I, junto con los delitos en contra de la vida. Íbidem, p. 3.

³¹³ SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. “Materiales de Discusión presentados...” cit., p. 56 y 57.

vigentes, que suponen la existencia de una situación excepcional en la mujer que aborta”³¹⁴.

El artículo 94 contempla el aborto practicado por un facultativo, modificando la agravación de un grado que establece en la actualidad el artículo 345 del Código Penal, mediante la incorporación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, siguiendo de esta forma el modelo español anterior a la Ley Orgánica 2/2010³¹⁵.

El Título en comento, finaliza con el artículo 95 que sanciona la tentativa y frustración de los delitos de aborto, sin incorporar novedades en relación al sistema vigente en la actualidad.

1.2. EL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL ANTEPROYECTO

Por último, se debatió en el Foro la despenalización del aborto terapéutico o de alguna otra indicación. La Secretaría Técnica, en este sentido no contempló en su propuesta la posibilidad de despenalizar el aborto, ya sea basado en el sistema de indicaciones o plazos, argumentando lo siguiente:

“El Proyecto no considera regular estas materias, por la evidente disparidad de criterios existentes en el seno de nuestra comunidad en este momento, entendiendo que los verdaderos casos de aborto terapéutico se encuentran firmemente resguardados por la justificante genérica de ejercicio legítimo de la profesión, y que la discusión acerca de un sistema de indicaciones o plazos corresponde a una discusión de carácter nacional, que puede traducirse, si acaso, en una ley especial (como en España)”³¹⁶.

De esta forma, el Anteproyecto de Código Penal chileno, difiere de su símil argentino³¹⁷, que optó por confirmar y aclarar las 2 hipótesis de aborto que el Código

³¹⁴ *Ibidem*, p. 60.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 63.

³¹⁷ COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL. “Anteproyecto de Código Penal Argentino” [en línea] <<http://carlosparma.com.ar/index.php>

Penal vigente permite en cualquier etapa del embarazo (indicación terapéutica y ética), e introdujo un sistema de plazos que despenalizaría el aborto practicado dentro de los tres primeros meses de embarazo³¹⁸.

La postura de la Secretaría Técnica fue criticada por algunos de los miembros del Foro Penal, que esperaban tal vez no un cambio radical en el sistema de prohibición absoluta del aborto, pero al menos una regulación explícita de la indicación terapéutica. Fue esta situación la que llevó a que la profesora María Inés Horvitz decidiera renunciar al Foro Penal. Para explicar su alejamiento, envió un documento a los restantes miembros del Foro. En él, señaló que en lo personal ella era partidaria de la despenalización del aborto antes de los tres meses de gestación, pero, y según sus palabras:

“tal propuesta, como parece evidente, jamás fue admitida como posible por su radicalidad liberal. Sin embargo, no puedo entender que se haya desechado totalmente la posibilidad de introducir el sistema (más conservador) de las indicaciones, como el vigente en España. Esta omisión me parece aún más grave si se considera que desde la perspectiva constitucional es posible sostener el estatus de derecho subjetivo público a la autodeterminación reproductiva de la mujer, mientras que no aparece tan claro y evidente dicho estatus para la vida del nasciturus, lo que debería haber llevado al reconocimiento de un conflicto de intereses constitucionalmente relevante en el caso de la mujer que comete autoaborto o consiente que otro se lo practique por las razones que fundamentan la indicación eugenésica, ética o incluso, la social (en un país donde esta última tiene especial relevancia)”³¹⁹.

?option=com_content&view=article&id=218:anteproyecto-del-codigo-penal-argentino&catid=52:legislacion&Itemid=50> [consulta: 13 de marzo de 2012].

³¹⁸ COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL. “Fundamentos del anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal”, p. 49. [En línea] <<http://www.circulodoxa.org/documentos/FUNDAMENTOS.pdf>> [consulta: 13 de marzo de 2012].

³¹⁹ CUEVAS P., JACMEL. “La silenciosa batalla al interior de la comisión de reforma al Código Penal”. [en línea] El Mostrador. 5 de junio de 2006. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2006/06/05/la-silenciosa-batalla-al-interior-de-la-comision-de-reforma-al-codigo-penal/> [consulta: 05 de enero de 2012]

A pesar de la oposición y observaciones que efectuaron otros profesores y que veremos en detalle en el próximo apartado, el Anteproyecto no se refirió al aborto terapéutico por considerar que dicha indicación está “fuertemente resguardada” en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, que se refiere a la justificante genérica del ejercicio legítimo de la profesión y además porque la discusión sobre esta materia debiese abordarse en un órgano representativo, como lo es el Congreso³²⁰.

1.3. CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL ANTEPROYECTO

Como señalamos, cuando se discutió la posibilidad de incorporar una regulación expresa del aborto terapéutico, la propuesta de la Secretaría Técnica, recibió una serie de observaciones por parte de los miembros del Foro. Entre ellas, está la de la profesora María Cecilia Ramírez quien alegó la necesidad de incorporar una norma que regule expresamente ciertas indicaciones excepcionales de aborto legítimo, más allá de su reconocimiento tácito en las circunstancias de exención de responsabilidad penal. Así quedó consignada su opinión:

“Se sugiere incorporar expresamente una causa de exención de responsabilidad penal, ya que se considera punible esta conducta, para los casos en que la mujer embarazada cometa su aborto o consienta en que se lo efectúen:

1º si ha quedado embarazada como consecuencia de una violación;

2º casos en que la vida de la madre o del feto no puedan sobrevivir al estado de embarazo;

Se tiene presente que si bien en estas materias son aplicables las reglas generales sobre causas de justificación, sería conveniente zanjar la discusión haciendo la salvedad de que se entiende sin perjuicio de las reglas generales, para no provocar una restricción en cuanto a la aplicación de las mismas”³²¹.

³²⁰ SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. “Materiales de Discusión presentados...” cit., p. 63.

³²¹ Ídem.

Por su parte, la profesora Myrna Villegas, criticó el argumento de la Secretaría Técnica y se manifestó a favor de un tratamiento expreso del aborto terapéutico en el Anteproyecto, en los siguientes términos:

“El Proyecto no considera regular[lo], en circunstancias que sería conveniente hacerlo, para no dejar dudas respecto de la permisión de este tipo de aborto. Se argumenta que los casos de aborto terapéutico se encuentran resguardados por la justificante genérica de ejercicio legítimo de una profesión. En mi modesta opinión, esto me parece insuficiente si queremos salvaguardar la vida de la madre, que sería el bien jurídico protegido en la figura in comento. Sin ánimo de *lege ferenda*, considero que el Proyecto debiera contemplar expresamente este tipo de aborto, tal vez siguiendo el modelo español, que lo regula[ba] a través del Real Decreto 409/1986 de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción del embarazo”³²².

En el mismo sentido, el profesor Gonzalo Medina: “No parece razonable mantener el mismo sistema de punición de la figura del aborto que la actual legislación contempla, con la justificación de ser esta una materia discutible que preferentemente ha de ser regulado por legislación especial y, acto seguido, regular con una menor penalidad el homicidio a petición, cuestión no menos conflictiva. Sería congruente regular ambas situaciones. Cualquier propuesta que se realice a fin de establecer un adecuado balance entre la protección del que esta por nacer y el derecho de autodeterminación reproductiva será un avance respecto de la actual situación. Modelos de derecho comparado sobran a fin de buscar una regulación apropiada y debiera ser una cuestión a resolverse en el foro la adopción de un modelo determinado, considerando preferible el modelo de plazo”³²³.

Tal y como adelantábamos más arriba, una de las dificultades que enfrentó la Comisión Foro Penal fue el alejamiento de la profesora María Inés Horvitz, quien

³²² Ídem.

³²³ *Ibidem*, pp. 63, 64.

decidió distanciarse del proyecto debido a su disconformidad con el criterio adoptado por éste en materias como el aborto. Sus observaciones y críticas al respecto quedaron consignadas en el texto elaborado en conjunto con el profesor Miguel Soto, titulado “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el foro del Ministerio de Justicia”³²⁴. En él, los profesores manifiestan su disconformidad con el Anteproyecto por no haber introducido mayores modificaciones a la regulación vigente del aborto, y aluden a una supuesta “voluntad consciente y deliberada de no innovar en un área punitiva muy polémica y en la que se parte de la presunción de que no existirá consenso, ni en la opinión pública, ni en el Parlamento para introducir una reforma relevante”³²⁵.

Por otro lado, el texto rebate el argumento esgrimido por la Secretaría Técnica (en particular, aquel según el cual no le corresponde a una comisión de académicos zanjar un tema que debiesen resolver los órganos del Estado con representación popular) para no incorporar en el Anteproyecto alguna modificación respecto a un asunto tan debatido como el aborto, de la siguiente forma: “El inmovilismo de la propuesta y la reducción a la intrascendencia de la participación de teóricos en procesos pre-legislativos que ello importa, puede quizás invocar en su favor, de una parte, que las decisiones relativas a la “criminalización primaria”, son “puramente políticas” y que, por ende, en relación a ellas, el único rol que le compete a la doctrina es el exclusivamente “técnico”, de formular en forma técnicamente correcta el proyecto de legislación que recepciona esa decisión política. De otra parte, podría esgrimir que respecto de la protección de la vida del “nonato” concurre una “obligación constitucional de tutela penal”, ineludible para el legislador. Naturalmente, en cualquier plano en que se lo plantee, incluido el “pre-legislativo”, la discusión en torno del aborto es una discusión valorativa que no puede ser resuelta con “criterios puramente técnicos”; ahora bien, si ello es así, lo razonable, lo exigible, es que tales opciones morales o puramente políticas se expliciten y no se disfracen, como implícitamente hace la propuesta, de soluciones avalorativas, “puramente técnicas”³²⁶.

³²⁴ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS; SOTO PIÑEIRO, MIGUEL. op. cit., pp. 75-120.

³²⁵ *Ibidem*, p. 75.

³²⁶ *Ibidem*, p. 3, pie de página nº 3.

Los profesores continúan desarrollando sus observaciones al Anteproyecto, fundamentadas en 6 criterios. El primero de ellos, critica la propuesta por considerar que no hace más que ratificar la opción legislativa y político-criminal de la Ley 18.826, y además carece totalmente de debate sobre la posible introducción en nuestro ordenamiento jurídico de modelos regulativos comparados que admitan la impunidad del aborto³²⁷. En este sentido, el texto señala lo siguiente:

“Esta omisión parece aún más grave si se considera que desde la perspectiva constitucional es posible sostener el estatus de derecho subjetivo público de los derechos de la mujer, el que es restringido y afectado por el hecho del embarazo, mientras que no aparece tan claro ni evidente dicho estatus para la vida del nasciturus, circunstancia que debió haber conducido al reconocimiento de un conflicto de intereses constitucionalmente relevante en el caso de la mujer que comete autoaborto o consiente que otro se lo practique por las razones que fundamentan la indicación terapéutica, ética, embriopática o incluso, la social (en un país donde esta última tiene especial relevancia)”³²⁸.

2. PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS EN EL CONGRESO ENTRE 1990 Y 2012

2.1. INTRODUCCIÓN

Luego de la modificación del Código Sanitario y el retorno a la democracia, desde el año 1991 se han tramitado en el Congreso múltiples proyectos de ley relativos al aborto. Si bien, muchos de ellos han intentado reponer la figura del aborto terapéutico y/o incorporar otros tipos de aborto en la legislación nacional, son más los que han tenido por objeto asegurar la penalización de las mujeres o facultativos que acceden a estas prácticas, o endurecer aún más las sanciones impuestas. Incluso se han presentado dos mociones parlamentarias que autorizan la construcción de

³²⁷ *Ibíd.*, p. 83.

³²⁸ *Ibíd.*, pp. 89 y 90.

monumentos en memoria de las víctimas del aborto, y otro que crea el “día del nasciturus”³²⁹, lo que refleja de algún modo, el nivel de oposición de un sector importante del Congreso a una reforma que regule la interrupción de embarazo en determinadas circunstancias, incluso en casos extremos como cuando la vida o salud de la madre corren peligro a causa del embarazo.

Como veremos a continuación, la gran mayoría de los proyectos de ley que tímidamente se han ido presentando desde el año 1991 con la intención de introducir alguna indicación para la práctica del aborto, han provenido de la Concertación. Aún así, la frecuencia con que se han presentado en los últimos años y el progresivo respaldo a estas iniciativas (incluso de sectores tradicionalmente reticentes a su regulación), demuestran una cierta evolución que este tema ha ido experimentando, tanto en la clase política como en la sociedad.

A pesar de ello, persiste todavía una fuerte y recalcitrante oposición a la idea de regular cualquier indicación relativa al aborto, lo que ha quedado en evidencia luego de que la Comisión de Salud del Senado aprobara el 6 de septiembre de 2011 la idea de legislar sobre el aborto terapéutico³³⁰, y personeros del partido oficialista Renovación Nacional, anunciaran la intención del Presidente Sebastián Piñera de vetar “tantas veces como sea necesario” cualquier proyecto de ley que introduzca alguna indicación de aborto, en caso de ser aprobado por el Congreso³³¹. A su vez, son muchos los parlamentarios del ahora bloque oficialista que se han manifestado en contra de legislar sobre el aborto, incluso con indicación terapéutica, por considerar que una modificación en este sentido representaría una “puerta abierta” para el aborto general y

³²⁹ FLACSO, CHILE. “Aborto en Chile: aspectos centrales de la regulación jurídica y normativa” [en línea] Serie Documentos Electrónicos Programa Inclusión Social y Género. N° 4, diciembre 2010. <http://www.flacso.cl/publicaciones_ficha.php?publicacion_id=951> [consulta: 16 de febrero de 2012].

³³⁰ DIARIO LA SEGUNDA. “Comisión de Salud del Senado aprueba idea de legislar sobre aborto terapéutico”. [En línea] La Segunda Online, 6 de septiembre de 2011. <<http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2011/09/678977/Comision-de-Salud-del-Senado-aprueba-idea-de-legislar-sobre-aborto-terapeutico>> [consulta: 28 de febrero de 2012].

³³¹ DIARIO EL MERCURIO. “Mandatario usará veto si se aprueba proyecto sobre el aborto terapéutico”. [en línea] El Mercurio Online, 9 de septiembre de 2011. <<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={c0d5caaa-8e38-449f-9543-e6c143e54092}>> [consulta: 28 de febrero de 2012].

voluntario³³². Por su parte el Senador Carlos Larraín, uno de los más férreos opositores a este tipo de iniciativa, ha señalado en entrevistas:

“si el gobierno apoyara el aborto terapéutico, yo me paso a la oposición”³³³ y “El aborto no es nunca terapéutico, siempre pone fin a la vida de un ser y eso no es sanativo, es lo opuesto a terapéutica (...)La ley de la vida exige que se recibe lo que viene y es una tradición muy arraigada en la cultura occidental y muy valiosa. (...) Acá se debilita la sacralidad, el hecho que la vida es sagrada y que nadie tiene la facultad de disponer de la vida de otro. (...) Hay que tener más humildad y aceptar que la condición humana es así, somos vulnerables”³³⁴.

Por otro lado, y aún cuando alguna de estas iniciativas logre ser aprobada en el Congreso y no se haga uso del veto presidencial, existen otras instancias que podrían obstaculizar su puesta en marcha, como lo es el Tribunal Constitucional, que, a juzgar por su composición y su actuar en la discusión sobre los anticonceptivos de emergencia, podría estimar inconstitucional una norma en este sentido³³⁵.

Por otro lado, es importante destacar, que todas las propuestas de regulación presentadas en el Congreso en relación al aborto, han emanado de mociones parlamentarias, y ninguna ha provenido del Poder Ejecutivo.

A continuación haremos revisión de los distintos proyectos de ley tramitados en el Congreso relativos al aborto, distinguiendo entre aquellos que endurecen las penas a

³³² DIARIO EL MERCURIO. “Diputada Zalaquett y aborto terapéutico: estoy en desacuerdo con Matthei y Rossi”. [En línea] El Mercurio Online, 15 de diciembre de 2010. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/12/15/453064/diputada-zalaquett-y-aborto-terapeutico-estoy-en-desacuerdo-con-matthei-y-rossi.html> > [consulta: 28 de febrero de 2012]; y DIARIO EL MOSTRADOR. “Hasbún (UDI): Proyecto sobre aborto terapéutico es a título personal y no representa el sentir del partido” [en línea] El Mostrador, 15 de diciembre de 2010 <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/12/15/hasbun-udi-proyecto-sobre-aborto-terapeutico-es-a-titulo-personal-y-no-representa-el-sentir-del-partido/>> [consulta: 28 de febrero de 2012].

³³³ DIARIO LA TERCERA. “Carlos Larraín: si el gobierno apoyara el aborto terapéutico, me paso a la oposición” [en línea], La Tercera en Internet, 20 de diciembre de 2010 <<http://latercera.com/noticia/portada/2010/12/653-332123-9-carlos-larrain-si-el-gobierno-apoya-el-aborto-terapeutico-me-paso-a-la-oposicion.shtml>> [consulta: 28 de febrero de 2012].

³³⁴ DIARIO LA TERCERA. “Carlos Larraín rechaza propuesta de Matthei: el aborto nunca es terapéutico” [en línea] La Tercera en Internet, 16 de diciembre de 2010 <<http://latercera.com/noticia/politica/2010/12/674-331323-9-carlos-larrain-rechaza-propuesta-de-matthei-el-aborto-nunca-es-terapeutico.shtml>> [consulta: 28 de febrero de 2012].

³³⁵ FLACSO, CHILE. “Aborto en Chile: aspectos centrales...” cit., p. 11.

quienes lo practican, y aquellos que buscan despenalizarlo al menos en alguna de sus indicaciones.

2.2. PROYECTOS QUE AUMENTAN PENALIZACIÓN

2.2.1. BOLETÍN Nº 1302-07

El año 1994, se presentaron en forma simultánea en el Congreso 3 proyectos que tenían por objeto aumentar las penas relacionadas con el aborto. 2 de ellos (ambos presentados en la Cámara de Diputados) fueron rechazados por la Comisión de Salud de la Cámara, y el otro, presentado por el Senador UDI Hernán Larraín fue rechazado en el Senado por 2 votos³³⁶. Aún así, este proyecto ha sido el único que ha alcanzado tramitación completa.

En cuatro artículos, el proyecto proponía una modificación al Código Penal, cambiando la ubicación actual del delito de aborto, y aumentando las penas a quienes participaran en su práctica, tanto al tercero que lo realizara, como a la mujer que consentía en él.

En el preámbulo de la moción, el autor expresa su preocupación por las sanciones que en la práctica recibían quienes habían sido condenados por este delito, las que no superaban en su mayoría los 5 años de presidio. Lo anterior, les permitía acceder a beneficios alternativos de cumplimiento de pena, como la remisión condicional, la reclusión nocturna, o la libertad vigilada. Ante dicha situación, el redactor sostiene lo siguiente:

“La posibilidad real que el individuo que practica un aborto sea efectivamente privado de libertad, es relativa, ya que por la pena asignada a este delito un alto número de culpables cumplirá la pena en libertad.

Esta situación no se colige con lo que debiera ser un mecanismo eficaz que desincentive la comisión de este delito por la vía de sancionar severamente a quienes atenten contra la vida intrauterina y en

³³⁶ FLACSO, CHILE. “Aborto en Chile: aspectos centrales...” cit., p. 8.

consecuencia contra quien no tiene ninguna posibilidad de defenderse de estas acciones.

Por estas razones se propone aumentar la duración de las penas privativas de libertad, con el objeto que las personas que sean condenadas a ellas, efectivamente sean privadas de su libertad ambulatoria, de tal manera, que se puedan generar desincentivos para la proliferación de este tipo de conductas al aumentarse los costos que deban evaluarse al momento de tomar la decisión de ocurrir en ellas”³³⁷.

En concreto, el proyecto propone un aumento de penas para el tercero que practica el aborto, además del pago de una multa y el decomiso de los bienes muebles e inmuebles que hubiere utilizado en su comisión. Para la mujer que ocasionare su propio aborto o consintiere en su realización por parte de un tercero, la moción establece un aumento de la pena en dos grados, con la posibilidad de rebajarla hasta en tres grados si coopera con las autoridades en las diligencias respectivas tendientes a esclarecer las circunstancias de comisión del delito o a prevenir o impedir su perpetración.

2.2.2. BOLETÍN Nº 2978-07

Un proyecto similar fue presentado en la Cámara Baja del Congreso el año 2002 por los diputados Rodrigo Álvarez, Eugenio Bauer, Carmen Ibáñez, José Antonio Kast, Iván Moreira, Darío Paya, Felipe Salaberry, Gonzalo Uriarte, Ignacio Urrutia, y la diputada del PPD Laura Soto³³⁸. Al igual que el anterior, este proyecto proponía aumentar las penas para quienes participaran en la comisión del delito de aborto, con la atenuante del “arrepentimiento eficaz” para la mujer que cooperara con el esclarecimiento de las circunstancias o la prevención del delito, y modificar su ubicación dentro del Código Penal, incorporándolo al Título VIII del Libro II, de los delitos en contra de las personas.

³³⁷ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 1302-07. Senado, 2 de agosto de 1994, Valparaíso, Chile.

³³⁸ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 2978-07. Cámara de Diputados, 20 de junio de 2002, Valparaíso, Chile.

Lo particular del proyecto y que difiere del anterior, es la inclusión de la posibilidad de que el juez conmute la pena privativa de libertad impuesta a la mujer con diversos servicios y trabajos comunitarios, en los casos en que concurra la atenuante del arrepentimiento eficaz. Esto, y de acuerdo al mensaje preliminar de la moción, buscaría reducir el afán criminalizador con que nuestra legislación percibe a la mujer que aborta. Así lo explican los autores del proyecto:

“Quienes patrocinamos este proyecto, consideramos que resulta indispensable asumir que cada vez que ocurre un aborto existen dos víctimas. Una, la criatura que irremediable e injustamente es asesinada, y la otra, la madre, que es conducida a un verdadero callejón sin salida por la falta de oportunidades que se le presenta en su entorno y frente a su particular drama decide abortar.

Creemos firmemente que el reproche penal no es el camino para combatir esta realidad. Por el contrario, nos asiste la convicción de que es necesario dejar de considerar a la mujer victimaria de su prole y concederle la categoría, que de acuerdo con nuestro entender posee y que es la de víctima. No obstante lo anterior, para ello es indispensable mantener el reproche penal del tipo admitiendo siempre una salida³³⁹.

En definitiva, el proyecto fue archivado el 3 de agosto de 2006³⁴⁰.

2.2.3. BOLETÍN N° 3351-07

El año 2003, a poco andar de la reforma procesal penal, 3 diputados del Partido Socialista, presentaron un proyecto de ley cuyo objetivo era reducir la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento³⁴¹. Para ello, proponían entre otras medidas, exigir la aprobación del Fiscal Nacional, antes de que el fiscal a cargo solicitara la ejecución de dicha salida alternativa, en la investigación de diversos delitos, entre ellos, el aborto.

³³⁹ Ídem.

³⁴⁰ OFICIO N° 6288. Cámara de Diputados, 3 de agosto de 2006, Valparaíso Chile.

³⁴¹ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3351-07. Cámara de Diputados, 10 de septiembre de 2003, Valparaíso, Chile.

El proyecto, si bien fue archivado el 9 de junio de 2009, fue incorporado en la Ley N° 20.253³⁴², que modificó el Código Procesal Penal, que en su artículo 237 exige la autorización del Fiscal Regional en el mismo sentido en que lo hacía la propuesta de los diputados socialistas. Es decir, en los casos en que se lleve a cabo una investigación por aborto, cuando el Fiscal a cargo de ella desee solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la ley exige la autorización previa del Fiscal Regional.

2.2.4. BOLETÍN N° 3449-11

El 14 de enero de 2004, los diputados Patricio Walker (PDC) y Nicolás Monckeberg (RN), presentaron una moción con el objeto de introducir en nuestro Código Penal un tipo delictivo que prohibiera los análisis prenatales destinados a la realización de un aborto³⁴³. En el mensaje preliminar del proyecto, los autores argumentan lo siguiente:

“Resulta importante regular y sancionar todas aquellas prácticas consistentes en diagnósticos prenatales que tengan una finalidad abortiva, sobre todo si se considera que en nuestro país el aborto es ilegal, es un delito y que muchas veces los diagnósticos prenatales sirven de base para un aborto que se realiza en el exterior o bien en la clandestinidad. De allí la necesidad de sancionar los diagnósticos prenatales que sean practicados con la finalidad de inducir a un aborto de manera independiente del delito de aborto propiamente tal”³⁴⁴.

El proyecto no prosperó, y fue finalmente archivado el 8 de marzo de 2007.

2.2.5. BOLETÍN N° 4121-07

El 22 de marzo de 2006, y ante una cada vez más creciente voluntad política tendiente a la revisión de las normas sobre aborto (en noviembre de ese mismo año se presentaría el primer proyecto de despenalización del aborto), 9 diputados de la UDI presentaron una moción que proponía elevar el quórum establecido para la derogación

³⁴² LEY N° 20.253 que “modifica el Código Penal y Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de la policía”. Santiago, Chile. Publicada en D.O. el 14 de marzo de 2008.

³⁴³ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3449-11. Cámara de Diputados, 14 de enero de 2004, Valparaíso, Chile.

³⁴⁴ Ídem.

del delito de aborto a 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, a través de una reforma al artículo 19 número 1 de la Constitución³⁴⁵.

De acuerdo a la página del Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional (SIL)³⁴⁶, una vez ingresado el proyecto, pasó a la Comisión de Constitución, legislación y justicia, y a la fecha (febrero 2012) no ha sido discutido.

2.2.6. BOLETÍN N° 4122-07

Simultáneamente, el mismo grupo de diputados presentó una segunda moción³⁴⁷, con el mismo propósito, pero esta vez, a través de la incorporación del artículo 345 bis al Código Penal, que establecía que sólo mediante una reforma constitucional podría derogarse el delito de aborto.

El proyecto tampoco prosperó y fue archivado el 9 de junio de 2009.

2.2.7. BOLETÍN N° 4447-11

Con fecha 22 de agosto de 2006, los diputados de RN Francisco Chahuán y Roberto Sepúlveda, presentaron una moción³⁴⁸ cuya finalidad consistía en precisar las conductas que han de entenderse como abortivas, y que, a juzgar por su mensaje preliminar y por el texto del articulado propuesto, buscaba constituirse en un resguardo para quienes se oponen a una regulación favorable a la permisión del aborto, en cualquiera de sus indicaciones, ante una inminente discusión parlamentaria del aborto terapéutico, respaldada incluso por miembros de los partidos tradicionalmente reticentes a este tipo de iniciativas.

En sus fundamentos, los autores manifiestan explícitamente su rotunda negativa a la despenalización de la interrupción del embarazo cuando la vida o salud de la madre se encuentra en peligro, de la siguiente forma:

“Hay quienes han postulado que debiera restablecerse el “aborto terapéutico” a fin de evitar que una conducta médica legítima pudiera

³⁴⁵ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4121-07. Cámara de Diputados, 22 de marzo de 2007, Valparaíso, Chile.

³⁴⁶ <http://www.sil.congreso.cl>

³⁴⁷ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4122-07. Cámara de Diputados, 22 de marzo de 2006, Valparaíso, Chile.

³⁴⁸ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4447-11. Cámara de Diputados, 22 de agosto de 2006, Valparaíso, Chile.

derivar en responsabilidades penales para el médico y para la madre. No compartimos tales aprehensiones.

Esta figura no puede ser validada bajo ninguna circunstancia por el ordenamiento jurídico, ya que constituye efectivamente una conducta delictiva y dolosa en contra de la vida de un niño en gestación, pretendiendo justificar tal acción en que la situación de embarazo sería riesgosa para la vida o salud de la madre. En atención a que este tipo de aborto niega la condición de persona del niño por nacer y en consecuencia, subordina su derecho a la vida y su integridad física a los derechos de su madre, no solo no tiene cabida en la legislación, sino que contraviene los principios de la Carta Fundamental.

En este orden de ideas, no resulta posible aceptar que pueda existir una terapia consistente en dar muerte a una criatura humana, aparentemente justificada por querer salvar la salud de la madre o preservar la salud de ella³⁴⁹.

En concreto, lo que el proyecto propuso, fue reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente: “No podrá efectuarse ningún procedimiento quirúrgico o clínico, tratamiento, terapia o prescripción de medicamentos o fármacos que tengan por objeto provocar un aborto”³⁵⁰; y el artículo 345 del Código Penal, por lo que sigue: “El facultativo o matrona que, abusando de su profesión, causare el aborto o cooperare a él, mediante procedimientos quirúrgicos o clínicos, tratamientos, terapias o prescripción de medicamentos o fármacos, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”³⁵¹.

El proyecto no ha sido discutido y con fecha 6 de mayo de 2010 la Comisión de Salud de la Cámara lo remitió al archivo³⁵².

2.2.8. OTROS PROYECTOS

³⁴⁹ Ídem.

³⁵⁰ Ídem.

³⁵¹ Ídem.

³⁵² <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

Paralelamente, y sin el ánimo de aumentar la penalidad o desmejorar la situación procesal de las personas que concurren a la práctica de un aborto, se han presentado mociones de carácter simbólico que buscan manifestar un reconocimiento institucional a la protección del que está por nacer, en contraposición a la intención de un sector importante de parlamentarios que se declaran proclives a la idea de legislar en favor del aborto en al menos una de sus indicaciones.

Uno de estos proyectos ingresó al Congreso el 10 de enero de 2007, a iniciativa de los Diputados Francisco Chahuán y Roberto Sepúlveda³⁵³, que, inspirados en un proyecto previo presentado el año 2004 por un grupo de parlamentarios de la UDI³⁵⁴, proponía la construcción de monumentos “en memoria de las víctimas inocentes de abortos”, a instalarse en lugares simbólicos del país como la Plaza de la Ciudadanía, frente al palacio de La Moneda, y en las afueras del edificio del Congreso Nacional.

La iniciativa no prosperó y fue archivada el 20 de abril de 2010³⁵⁵.

Otro de estos proyectos fue presentado el 6 de octubre de 2010 por el Senador Jaime Orpis³⁵⁶, y tiene como objeto declarar el 25 de marzo de cada año como “el día del que está por nacer y la adopción”. La moción cuenta con el respaldo del Ejecutivo y se encuentra actualmente en su segundo trámite constitucional.

2.3. PROYECTOS DESPENALIZADORES

2.3.1. BOLETÍN Nº 499-07

El primer proyecto tendiente a despenalizar el aborto, ingresó al Congreso el 17 de septiembre de 1991³⁵⁷, y tenía por objeto reponer el antiguo artículo 119 del Código Sanitario. Fue presentado por los diputados Adriana Muñoz, Armando Arancibia,

³⁵³ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 4818-24. Cámara de Diputados, 10 de enero de 2007, Valparaíso, Chile.

³⁵⁴ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 3608-04. Cámara de Diputados, 14 de julio de 2004, Valparaíso, Chile.

³⁵⁵ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 4818-24. Cámara de Diputados, 10 de enero de 2007, Valparaíso, Chile.

³⁵⁶ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 7254-07. Cámara de Diputados, 6 de octubre de 2010, Valparaíso, Chile.

³⁵⁷ PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº 499-07. Cámara de Diputados, 17 de diciembre de 1991, Valparaíso, Chile.

Carlos Smok, Juan Pablo Letelier y Carlos Montes. Sin embargo, no pasó del primer trámite constitucional y fue archivado el 17 de junio de 1997.

Dentro de los fundamentos del proyecto, los diputados mencionan la existencia de “patologías que, en opinión de especialistas prestigiados en la comunidad médica, efectivamente ameritan la interrupción del embarazo. A saber: rotura de bolsa amniótica, infección del huevo o la sepsis materna, embarazo ectópico tubario u ovárico, enfermedades trofoblásticas como la mola, síndrome trombocitopénico, embolía amniótica pulmonar, hipertensión portal, etc.”³⁵⁸. Más adelante, citan los resultados de una encuesta efectuada en 1989, según la cual un 75,8% de la población en Chile “cree que la interrupción del embarazo debe permitirse por ley cuando está en juego la vida de la madre o la criatura vaya a nacer deforme”³⁵⁹. Además se argumenta “que el aborto terapéutico consagrado en el artículo 119 del Código Sanitario nunca fue objetado constitucionalmente, ni durante la vigencia de la Constitución de 1925, ni durante ocho años de vigencia del actual texto constitucional”³⁶⁰.

Por otro lado, en el considerando N° 5, se cita textual el artículo 26 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile que establecía las siguientes 3 condiciones para la procedencia de un aborto “a) se efectúe como medida terapéutica; b) la decisión sea aprobada por escrito, al menos por dos médicos escogidos por su competencia; y c) la operación sea efectuada por un médico especialista”. Este artículo fue eliminado en la versión 2008 del citado Código³⁶¹.

A pesar de no haber prosperado, la presentación de este proyecto constituye un hito importante en la historia legislativa del aborto, pues es la primera moción que se presentó con la intención de revertir la modificación del artículo 119 del Código Sanitario, y porque además, tal y como veremos, serviría de base para futuros proyectos tendientes al mismo objetivo.

2.3.2. BOLETÍN N° 3197-11

³⁵⁸ [dem.

³⁵⁹ [dem.

³⁶⁰ [dem.

³⁶¹ CÓDIGO DE ÉTICA. Colegio Médico de Chile A.G. Santiago, Chile. 2008.

Luego de 11 años de la presentación del primer proyecto que intentó reponer el aborto terapéutico, el 23 de enero de 2003, un grupo de Diputados del PPD, PS, PRSD y RN, ante la conmoción mediática originada por el caso de Griselle Rojas, decidieron volver a presentar la misma moción ingresada al Congreso el año 1991³⁶². Si bien, una vez más el proyecto no fue discutido y se archivó el año 2011, la inclusión de 3 parlamentarios de la Alianza por Chile en su redacción, refleja la creciente disposición de un sector tradicionalmente reticente a este tipo de iniciativas a una posible reforma que resguarde la vida y salud de las mujeres gestantes en los casos en que el embarazo atente en contra de ellas.

2.3.3. EL PROYECTO FALLIDO DE LOS DIPUTADOS ALINCO Y ENRÍQUEZ-OMINAMI

Uno de los hitos más relevantes para este análisis, y que ilustra con claridad el nivel de conflicto e incomodidad que el tema del aborto genera en la clase política, ocurrió en noviembre de 2006, luego de que los diputados René Alinco (entonces PPD) y Marco Enríquez-Ominami (entonces PS) patrocinaran el proyecto de ley despenalizador del aborto más liberal jamás presentado en el Congreso³⁶³. En él, los

³⁶² PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3197-11. Cámara de Diputados, 23 de enero de 2003, Valparaíso, Chile.

³⁶³ Proyecto de ley proporcionado por uno de sus redactores, el ex diputado Marco Enríquez-Ominami, a solicitud de los autores de la presente investigación.

Art. 1°.- Modifíquese el Código Penal en el siguiente sentido:

1. Incorpórese el siguiente art. 344bis.

Art. 344bis.- Tratándose de las conductas descritas en el N°3 del art. 342 y del inciso primero del art. 344, estarán exenta de penalidad la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y dentro de las doce semanas desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable.

No es punible el médico que, dentro de las doce semanas desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto.

2. Deróguese el inciso segundo del art. 344.

3. Agréguese el siguiente inciso segundo al art. 345:

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

a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquico-social de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

b) Si el embarazo proviene de una violación. Si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal”.

Art. 2°.- Modifíquese el art. 119 del Código Sanitario, agregando a continuación de la expresión “aborto” seguida de una “,” la siguiente frase “, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 344bis y 345 del Código Penal”.

autores proponían legalizar el aborto practicado con consentimiento de la mujer dentro de las primeras 12 semanas de gestación, dejando a salvo la posibilidad de abortar en las semanas siguientes si es que la maniobra se efectúa con la intención de proteger la salud física y psíquico-social de la madre, o cuando el embarazo es resultado de una violación³⁶⁴.

Si bien el proyecto no lo señala en su mensaje preliminar, a juzgar por su redacción, estaría bastante inspirado en el sistema adoptado por el Anteproyecto de Código Penal de Argentina.

Sí se señalan en el mensaje, algunas de las ideas matrices que sirven de fundamento para la presentación de la moción. Parten los autores, declarándose “escépticos del *poder intimidatorio de las penas* y conscientes de que la *cifra negra de abortos* es una realidad”³⁶⁵, pues, continúan, “se demuestra que muchas mujeres, más allá de esta penalización y de las persecuciones que derivan de la ilegalidad del procedimiento, acuden al aborto por una serie de razones”³⁶⁶. Señalan además, que “actualmente el país ostenta una de las tasas más altas de la región, estimándose que ocurren alrededor de 160 mil abortos al año, es decir, aproximadamente uno de cada tres embarazos termina en aborto. Por otra parte esta gran cifra de abortos clandestinos no perseguidos lleva a la configuración de una gran red de gestión no médica que siempre produce consecuencias sobre la salud y vida de la madre”³⁶⁷.

En este sentido, el ex diputado Marco Enríquez-Ominami, comentó en una entrevista que el proyecto buscaba “evitar una doble condena a las mujeres que por distintos motivos deciden libremente sobre sus derechos reproductivos”³⁶⁸.

³⁶⁴ CAMPUSANO, MAURICIO. “Polémica al interior de la Concertación: Proyecto pro aborto abre nuevas tensiones” [en línea] Diario El Mercurio, 14 de noviembre de 2006 <<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={c80226f1-89a1-45d4-9632-503bc339ac80}>> [consulta: 12 de marzo de 2012].

³⁶⁵ Mensaje preliminar del proyecto, cuyo texto fue proporcionado por uno de sus redactores, el ex diputado Marco Enríquez-Ominami, a solicitud de los autores de la presente investigación.

³⁶⁶ Ídem.

³⁶⁷ Ídem.

³⁶⁸ FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. “Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos de 2006”. [En línea] Santiago de Chile. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/introduccion1.pdf>> p. 279 [consulta 12 de marzo de 2012].

Tras la presentación de la moción, las reacciones en la esfera política no se hicieron esperar. Por parte de la derecha, hubo quienes criticaron y emplazaron al Gobierno de Michelle Bachelet a definir su postura frente el aborto³⁶⁹, a la vez que el diputado de la UDI Felipe Ward solicitó al Presidente de la Cámara de Diputados declarar inadmisibile el proyecto por inconstitucionalidad³⁷⁰. Sin embargo, fue desde la propia Concertación que los autores del proyecto recibieron las críticas más duras. Y es que el aborto constituye precisamente uno de los temas en los que no existe consenso pleno dentro del bloque de centro izquierda, por lo que una moción de este tipo fue vista como una “provocación a la coherencia de la coalición”³⁷¹, restándosele apoyo incluso en los partidos en los cuales los redactores militaban. En este sentido, el entonces presidente del Partido Socialista, Camilo Escalona señaló en entrevistas que la iniciativa de legislar a favor del aborto era “exclusiva decisión de quienes la impulsan”³⁷², mientras que el diputado del PPD Jorge Tarud, manifestó que “el aborto no está contemplado en el programa de la presidenta Bachelet. Debe haber responsabilidad política por parte de los parlamentarios que se dicen de la Concertación, pero que muchas veces no actúan conforme a los postulados, al programa de la Concertación de Partidos Por la Democracia”³⁷³. A su vez, el también diputado del PPD y médico de profesión Enrique Accorsi, expresó lo siguiente: “Como parlamentarios de la Concertación deberíamos haber discutido primero el tema y no llegar y ponerlo sobre la mesa. No obstante, los parlamentarios tienen el derecho de presentar los proyectos que quieran, pero no hay que olvidar que estamos dentro de una coalición y es fundamental respetarla”³⁷⁴.

Por su parte, en la Democracia Cristiana, que en aquel momento se encontraba zanjando sus diferencias con el resto de los partidos de la Concertación en relación a la llamada píldora del día después, el proyecto fue rechazado de plano. El Diputado

³⁶⁹ Ídem.

³⁷⁰ Ídem.

³⁷¹ DIARIO LA NACION. “Socialistas se distancian de proyecto sobre aborto de Enríquez –Ominami” [En línea] La Nación, 21 de noviembre de 2006 <<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20061120/pags/20061120221616.html>> [consulta: 12 de marzo de 2012].

³⁷² Ídem.

³⁷³ DIARIO EL MERCURIO. “Diputados PPD Tarud y Accorsi rechazan legalización del aborto”. [En línea] El Mercurio Online, 11 de noviembre de 2006 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2006/11/11/235695/diputados-ppd-tarud-y-accorsi-rechazan-legalizacion-del-aborto.html>> [consulta: 12 de marzo de 2012].

³⁷⁴ Ídem.

Patricio Walker advirtió que “de aprobarse este proyecto, su partido evaluaría si continuar o no en la Concertación, y estimó de “incompatibilidad absoluta” estar en una coalición que respalda el aborto”³⁷⁵, mientras que el Senador Ruiz-Esquide se refirió en duros términos a los autores de la moción, señalando en una entrevista radial lo siguiente:

“Hay un afán farandulesco de andar permanentemente presentando a la sociedad chilena cosas bizarras (...) Algunos de ellos he escuchado que no comparten la política central de la Concertación (...) no se hace Concertación presentando temas conflictivos inútilmente”³⁷⁶, y agregó además que “lo que deberían hacer los partidos es tener un poco más de disciplina con sus parlamentarios; en política se hacen las cosas oportunamente. Irritar a la Democracia Cristiana con este tema discutible y que no conduce a nada, porque no va a ser aprobado en la Cámara de Diputados, es tener un afán petulante de estar presentando opciones contra el mundo”³⁷⁷.

Ante esta transversal negativa, el presidente de la Cámara de Diputados, el PPD Antonio Leal, decidió declarar inadmisibile el proyecto, determinación refrendada por votación, con 61 votos en contra de la moción, 21 a favor, y 3 abstenciones³⁷⁸. El presidente explicó la decisión señalando que la iniciativa vulneraba “el mandato que el constituyente ha otorgado al legislador de ‘proteger la vida del que está por nacer’, al establecer plazos y condiciones arbitrarias para la disposición de la vida fetal que exceden el marco fijado por la Carta Fundamental”³⁷⁹, agregando además que “una discusión de esta naturaleza requiere una reforma constitucional que precise los

³⁷⁵ DIARIO EL MERCURIO. “Proyecto para legalizar el aborto”. [En línea] El Mercurio Online, 19 de noviembre de 2006 <<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Bc433ddf-3a1d-466e-8954-2654bbcec6f4%7D>> [consulta: 12 de marzo de 2012].

³⁷⁶ DIARIO EL MERCURIO. “Senador Ruiz-Esquide acusa afán farandulesco de Enríquez-Ominami”. [En línea] El Mercurio Online, 19 de enero de 2007 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/01/19/242835/senador-ruiz-esquide-acusa-afan-farandulesco-de-enriquez-ominami.html>> [consulta: 12 de marzo de 2012].

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ FACULTAD DE DERECHO, UNIV. DIEGO PORTALES. “Informe anual sobre Derechos Humanos...” cit., p. 280.

³⁷⁹ Idem.

alcances de la normativa, o que permita hacer distinciones entre el nacido y no nacido”³⁸⁰.

Luego del rechazo, se dijo que los autores renunciarían a la iniciativa por el bien de la coalición gobernante³⁸¹, sin embargo, junto con un grupo de parlamentarios del PPD, PS, y PRSD, decidieron ingresar un nuevo proyecto, más restrictivo que el anterior, que proponía despenalizar el aborto en los casos de violación y de riesgo para la salud o vida de la mujer embarazada³⁸², según la siguiente redacción:

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

Si se ha realizado cuando exista un peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud y se efectúe con posterioridad a la opinión fundada de tres médicos cirujanos especialistas en Gineco-Obstetricia;

Si se tratare de una menor o incapaz, será necesario el consentimiento de consuno con su representante legal”³⁸³.

Esta vez, la tramitación del proyecto sí fue admitida, pero el 7 de mayo de 2010 se archivó³⁸⁴.

2.3.4. BOLETÍN N° 6420-11

El 19 de marzo de 2009, un grupo de 10 diputados del PPD, PS, y PRSD, presentaron un nuevo proyecto con la intención de reponer el antiguo artículo 119 del Código Sanitario³⁸⁵. Llama la atención que se trata del mismo proyecto presentado en 1991, e incorpora en su mensaje preliminar algunos de los argumentos esgrimidos por aquél de manera textual³⁸⁶, a tal punto que menciona el artículo 26 del Código de Ética del Colegio Médico, que en 1991 consagraba la procedencia de un aborto como medida terapéutica efectuada por un médico especialista y aprobada por otros dos,

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Íbidem p. 281.

³⁸² PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4845-11. Cámara de Diputados, 18 de enero de 2007, Valparaíso, Chile.

³⁸³ Ídem.

³⁸⁴ De acuerdo al sitio <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [consulta: 20 de marzo de 2012].

³⁸⁵ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6420-11. Cámara de Diputados, 19 de marzo de 2009, Valparaíso, Chile.

³⁸⁶ Ídem.

pero que el año 2004, 5 años antes del ingreso de la moción, había sido derogado, lo que demuestra el alto grado de desconocimiento de muchos parlamentarios sobre las materias que han sido llamados a legislar.

El proyecto pasó a las Comisiones de Salud y de Constitución, Legislación y Justicia, y de ahí no se ha avanzado en su tramitación³⁸⁷.

2.3.5. PROYECTOS RECIENTEMENTE TRAMITADOS

Recientemente, se están debatieron en el Senado 3 proyectos de Ley que buscaban despenalizar el aborto en alguna de sus indicaciones, a saber:

- a. **Proyecto de Ley Boletín N° 6522-11³⁸⁸:**
 - Fecha de Ingreso: 13 de mayo de 2009.
 - Autor(es): Camilo Escalona (PS).
 - Objetivo: "Permitir la interrupción del embarazo sólo con fines terapéuticos y si la intervención médica es documentada por dos médicos cirujanos"³⁸⁹.
- b. **Proyecto de Ley Boletín N° 6591-11³⁹⁰:**
 - Fecha de Ingreso: 3 de julio de 2009.
 - Autor(es): Guido Girardi (PPD), Carlos Ominami (ex PS).
 - Objetivo: "Admitir el aborto por razones terapéuticas, eugenésicas y ético sociales, siempre que se practique dentro de las primeras 12 semanas de gestación"³⁹¹.
- c. **Proyecto de Ley Boletín N° 7373-07³⁹²:**
 - Fecha de Ingreso: 15 de diciembre de 2010.
 - Autor(es): Evelyn Matthei (UDI), Fulvio Rossi (PS).
 - Objetivo: "Definir las conductas que no serán consideradas aborto y los procedimientos para acreditar la concurrencia de los hechos que justifican la

³⁸⁷ De acuerdo al sitio <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [consulta: 20 de marzo de 2012].

³⁸⁸ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6522-11. Senado, 13 de mayo de 2009, Valparaíso, Chile. [En línea] <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [consulta: 12 de marzo de 2012].

³⁸⁹ COMISIÓN DE SALUD DEL SENADO. "Informe de la Comisión de Salud, recaído en los proyectos de ley, en primer trámite constitucional que despenalizan la interrupción de embarazo (Boletines n° 7373-11, 6522-11, 6591-11)". Valparaíso, Chile, 13 de septiembre de 2011, p. 53.

³⁹⁰ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6591-11. Senado, 3 de julio de 2009, Valparaíso, Chile.

³⁹¹ COMISIÓN DE SALUD DEL SENADO. "Informe de la Comisión de Salud, recaído en..." cit., p. 53.

³⁹² PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 7373-07. Senado, 15 de diciembre de 2012, Valparaíso, Chile.

despenalización; además, penaliza a los médicos que no den cumplimiento a la exigencias legales o que otorguen certificaciones falsas”³⁹³.

Si bien los tres proyectos fueron presentados por separado y en épocas distintas, la Comisión de Salud acordó con fecha 13 de septiembre de 2011, fusionarlos y discutirlos sólo en general a fin de permitir la introducción de indicaciones que modifiquen sus textos³⁹⁴. Lo relevante de este acuerdo, es que por primera vez, el Congreso se abrió a la posibilidad de discutir la despenalización del aborto, y no sólo en su indicación terapéutica, sino también eugenésica y ética.

El primero de estos proyectos, redactado por el Senador Camilo Escalona, fue presentado el 13 de mayo de 2009, y tenía por objeto despenalizar la interrupción del embarazo sólo con fines terapéuticos, modificando el artículo 119 del Código Sanitario con una redacción prácticamente idéntica a la que ya poseía previo a la modificación del año 1989³⁹⁵, tal y como lo hiciera el primer proyecto despenalizador presentado en 1991.

El segundo proyecto, presentado el 3 de julio de 2009 por los Senadores Guido Girardi y Carlos Ominami es tal vez el que más polémica ha generado, pues propone despenalizar la interrupción del embarazo no tan sólo con fines terapéuticos, sino también en los casos en que el feto presenta graves taras o malformaciones físicas o psíquicas, y en aquellos en que el embarazo es fruto de una violación, y la intervención se realiza dentro de las primeras 12 semanas de gestación³⁹⁶.

³⁹³ COMISIÓN DE SALUD DEL SENADO. “Informe de la Comisión de Salud, recaído en...” cit., p. 53.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 49.

³⁹⁵ Proyecto de Ley Boletín N° 6522-11:

“Reemplácese el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

Art. 119. Se podrá interrumpir el embarazo, sólo con fines terapéuticos, mediante intervención médica, cuando esta sea documentada por dos médicos cirujanos”.

³⁹⁶ Artículo 1, Proyecto de Ley Boletín N° 6591-11:

“Modifícase el Código Sanitario como sigue: Reemplázase el art. 119 por el siguiente:

Artículo 119. Sólo con los fines terapéuticos, eugenésicos o ético-sociales que a continuación se expresan se podrá interrumpir un embarazo.

En caso en que este en riesgo la vida de la madre y no existan otros medios para evitar dicho riesgo.

Cuando el feto presente o se establezca clínicamente que presentará graves taras o malformaciones físicas o psíquicas.

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

El tercer proyecto en discusión, fue presentado el 15 de diciembre de 2010, causando gran revuelo y sorpresa al ser redactado por la entonces senadora de la UDI Evelyn Matthei, en conjunto con Fulvio Rossi. Es ésta la primera vez en que un parlamentario de dicho partido auspicia una iniciativa tendiente a la despenalización de alguna forma de aborto, por lo que la senadora fue duramente criticada por otros miembros del partido, barajándose incluso la posibilidad de llevarla al Tribunal Supremo³⁹⁷.

Tiempo después del ingreso del proyecto, la entonces senadora Evelyn Matthei, fue designada Ministra del Trabajo, por lo que cesó el revuelo generado en su entorno por causa del proyecto, aún cuando la moción se mantiene en pie.

Existe todavía un cuarto proyecto³⁹⁸ presentado a tan sólo días de la moción redactada por los senadores Rossi y Matthei, cuyos autores son los senadores del PPD Guido Girardi, Ricardo Lagos Weber, Jaime Quintana, y Eugenio Tuma, y que no fue incluido en el acuerdo alcanzado por la Comisión de Salud del Senado que decidió discutir y fusionar los proyectos relativos al aborto, posiblemente porque su redacción es exactamente la misma que la del proyecto presentado anteriormente también por el senador Guido Girardi y el ex parlamentario Carlos Ominami. Es por ello que no nos parece necesario ahondar en su análisis, más allá de señalar que luego de su presentación la moción no ha experimentado ningún movimiento³⁹⁹.

La discusión de los tres proyectos fusionados tuvo una amplia difusión mediática, y su votación se llevó a cabo el día 4 de abril de 2012 luego de dos sesiones de debate. Dichas sesiones resultan de alto interés en el estudio del aborto, pues por primera vez en nuestra historia se debate en general la posibilidad de despenalizar

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

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

³⁹⁷ DIARIO EL MOSTRADOR. "Hasbún (UDI): Proyecto sobre aborto terapéutico..." cit.

³⁹⁸ PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 7391-07. Senado, 21 de diciembre de 2010, Valparaíso, Chile.

³⁹⁹ De acuerdo al sitio <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> [consulta: 22 de marzo de 2012].

alguna de sus indicaciones en el Congreso⁴⁰⁰, ninguna iniciativa en este sentido había logrado llegar anteriormente a esta etapa.

En definitiva el Senado rechazó los tres proyectos. El primero, del senador Escalona obtuvo 15 votos a favor y 18 en contra; el segundo, de los senadores Girardi y Ominami, obtuvo 9 votos a favor y 22 en contra; y el tercero del senador Rossi y la ministra Matthei, obtuvo 12 votos a favor y 19 en contra⁴⁰¹.

Producto del resultado de esta votación en principio no podría volver a discutirse la idea de legislar sobre esta materia hasta que transcurra un año⁴⁰², a pesar de que algunos senadores de la Democracia Cristiana argumentaron su rechazo a los proyectos señalando que presentarían una nueva moción más acorde a sus lineamientos⁴⁰³.

⁴⁰⁰ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 360ª, Sesión 5ª en miércoles 21 de marzo de 2012; y Legislatura 360ª, Sesión 7ª en miércoles 4 de abril de 2012.

⁴⁰¹ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 360ª, Sesión 7ª en miércoles 4 de abril de 2012.

⁴⁰² DIARIO EL MERCURIO. "Senado rechazó proyectos para despenalizar el aborto terapéutico" [en línea] El Mercurio Online, 5 de abril de 2012 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/04/04/534358/aborto-terapeutico.html>> [consulta: 10 de abril de 2012]

⁴⁰³ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 360ª, Sesión 7ª... cit.

CONCLUSIONES

A lo largo de toda esta obra hemos intentado entregarle al lector todas las herramientas necesarias para que logre conocer de manera plena, todos los aspectos que rodean el tema del aborto, haciendo un especial énfasis en el aborto terapéutico en Chile. No es fácil conseguir un texto que aborde la gran gama de tópicos que se involucran al momento hablar del aborto, ya sean sus aspectos históricos, legales, médicos, la revisión del derecho comparado, y por cierto, las propuestas de regulación que han intentado refrescar este anquilosado tema de nuestra legislación nacional.

Era necesario, en primer término, el abordar este aspecto desde su perspectiva biológica, es decir, que atravesamos por cada una las etapas que están científicamente comprobados en los primeros estadios del ser humano en gestación, de este modo ya pueden adscribirse diversas teorías al respecto que nos indicarían cuándo estamos en presencia de un “ser humano en formación”; donde claramente la teoría de la concepción es bastante errática por su imprecisión de su inicio y, mucho menos indicará la seguridad con que se desarrollará ese ovocito fecundado generando una doble incerteza del resultado a que llegará una vez transcurrido las treinta y seis semanas de gestación. Luego nos centramos en la etimología del concepto, y por lo mismo se han revisado las diferentes definiciones dadas tanto al aborto en general, como al aborto terapéutico. Al mismo tiempo, y entendiendo que no hay un concepto unívoco, se debe distinguir entre la visión entregada por la medicina y aquella elaborada por la doctrina legal.

Para la medicina sería la interrupción del embarazo cuando el feto es aun inviable fuera del vientre materno, es decir, antes de las 22 semanas de gestación aproximadamente; nos parece fundamental este planteamiento que es el seguido por la Organización Mundial de la Salud y que, creemos es lo más acorde a nuestros tiempos, pues da la base para hacer toda otra definición de aborto ya sean aquellos espontáneos o provocados, entre estos últimos estaría el aborto terapéutico y, que médicamente son indiferentes.

Para el derecho, el concepto tampoco es fácil de definir ya que ni siquiera la ley ha tomado esa responsabilidad, quedando en manos de la doctrina esta labor. A lo largo de los años la definición de aborto hemos demostrado que ha ido evolucionando, pasando desde la simple expulsión o extracción del feto en forma prematura (Del Río) para configurar el tipo penal que afectaría el bien jurídico “vida del que está por nacer”, otros pensaron que la interrupción debería ser maliciosa cuyo fin fuese el destruir la futura vida humana (Labatut) o el producto de la concepción (Etcheberry), para luego finalmente hoy en día adoptar una postura ecléctica que requiere tanto de la expulsión prematura como de dar muerte al producto de la concepción (Politoff, Matus, Ramírez) o también llamado feto (Bullemore). Concordamos plenamente con esta última definición por parecernos completa y por satisfacer la conducta del tipo penal. Ahora bien, en cuanto a la subclasificación de aborto terapéutico nos quedaremos con la posición que lo describe como el aborto efectuado cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre gestante (Garrido Montt), entendiendo “salud” en sus más amplia definición –entregada por la O.M.S.– que implica “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente ausencia de afecciones o enfermedades”.

El Colegio Médico de Chile A.G. no ha quedado ajeno a esta discusión y si bien, ha ido modificando su Código de Ética dependiendo de la legalidad penal y sanitaria vigente, nos parece del todo inadecuado el sumarse al “silencio nacional” con que se aborda el tema, restringiéndose al “respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término” y no mencionar la práctica de abortos como medida racional y ética para aliviar la salud o proteger la vida de la madre embarazada, enmarcándola expresamente como parte de su *lex artis*.

El criterio de la legislación chilena contrasta con el de la gran mayoría de los demás países, que, en un 98%, han estimado necesario pronunciarse expresamente respecto a la posibilidad de interrumpir un embarazo cuando pone en riesgo la vida o salud de la mujer gestante. En el 2% restante, al igual que en Chile, la doctrina ha considerado que, si bien las normas no hacen mención explícita a la legalidad del aborto terapéutico, su práctica quedaría enmarcada dentro de las normas que regulan las causales de exención de responsabilidad penal. Así vimos que ocurría en países como Honduras, Nicaragua y El Salvador, país este último, en que incluso una

sentencia de la Corte Suprema reconoce la existencia de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y de la madre cuya vida o salud se encuentran en peligro, y admite que la misma legislación penal entrega a los tribunales de justicia la facultad de resolver dicho conflicto, exculpando a quienes intervengan en la práctica de un aborto de estas características, en virtud de las causas generales de exención de responsabilidad penal.

Por otro lado, vimos a grandes rasgos la evolución que ha experimentado el tratamiento del aborto terapéutico en la legislación española, que ha inspirado a la nuestra desde sus inicios. Allí, durante el siglo XIX y XX, si bien se reconocía la posibilidad de interrumpir un embarazo por indicación terapéutica, en 1985 se consideró conveniente regular explícitamente esta situación, con el ánimo de brindar mayor seguridad jurídica a quienes se vieran envueltos en ella. Con posterioridad, 25 años después para ser exactos, se promulga la Ley Orgánica 2/2010, que deroga todas las normas relativas al aborto y establece un sistema de interrupción libre y voluntaria del embarazo. En él, y a diferencia de otras legislaciones con sistemas semejantes, se impone un plazo de 22 semanas para la práctica de un aborto terapéutico, considerando que luego de dicho plazo, el feto tiene la capacidad de sobrevivir fuera del útero materno con la debida asistencia médica.

Al igual que con el caso español, nos detuvimos y analizamos la situación del aborto terapéutico en Estados Unidos, país que se adscribe a las legislaciones que permiten la práctica libre y voluntaria del aborto. Aún así, no es una norma la que establece esta posibilidad, sino una sentencia de la Corte Suprema, que, fundada en la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda Constitucional, y en la evolución jurisprudencial previa, reconoce el derecho de toda mujer a interrumpir en forma voluntaria un embarazo, sin que los estados puedan proscribir dicho derecho antes del tercer trimestre. Si bien desde la fecha de dictación del fallo (22 de enero de 1973), tanto la Corte Suprema como las legislaciones de cada estado, han ido limitando este derecho, no se ha puesto en duda jamás la posibilidad de interrumpir un embarazo que pone en riesgo la vida o salud de la mujer gestante, ni aún en los estados con la normativa más restrictiva.

En nuestro tercer capítulo, nos adentramos en la parte legislativa que regula el aborto terapéutico en nuestro país; es por ello que revisamos nuestros primeros pasos como República democrática, donde las Instituciones empiezan a tener autonomía y comienzan a cimentarse nuestros pilares legislativos como son los Códigos, en cada una de las ramas más relevantes del derecho. En ese sentido, nos detuvimos en el trabajo realizado por la Comisión Redactora del Código Penal de 1870, un grupo de hombres cuyo prestigio y relevancia eran innegables a mediados del siglo XIX; permitiendo *a la postre* un moderno Código Punitivo que, basado en el cuerpo legal Español y en el Belga dio como resultado un cuerpo legal que ha estado vigente por más de 137 años en nuestro territorio nacional.

Nos parece adecuado el trabajo desarrollado por la Comisión, ya que sus observaciones y complementaciones elaboradas –luego de compararlo con el Código Penal Español– fueron las correctas para la época, especialmente intervenciones como la del comisionado José Antonio Gandarillas que en la sesión 160 solicitó que el encabezado de este tipo penal fuese “maliciosamente” para descartar aquellos abortos cometidos de buena fe, esto implica que la acción típica (y así se entiende hasta nuestros días) debe ejecutarse con dolo directo sobre el cuerpo de la mujer, impidiendo la figura del aborto por culpabilidad. No obstante estos aciertos, también hay elementos que nos parecen desafortunados y que hasta ahora, no han sido enmendados por el legislador para favorecer la mejor aplicación de esta ley.

En primer término, y como ya lo mencionamos en el respectivo Capítulo III la ubicación del aborto encabezando el Título VII del Libro II del Código, relativo a “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual” se ha prestado para más de alguna inconsistencia legislativa al momento de su aplicación, nos quedamos con las palabras del profesor Del Río quien señala lo condenable del acto abortivo, sin importar la “condición moral o familiar” de la mujer; pero un segundo aspecto que nos parece aun más pernicioso para su interpretación es el vacío legislativo con respecto a la ausencia de una definición legal para el tipo penal. A pesar que hay autores que condenan las definiciones en las leyes

por encontrarlas “impropias” de ellas, además de “inútiles y peligrosas”⁴⁰⁴, creemos que en este caso el definir el aborto en una posible reforma al Código, ayudaría positivamente para delimitar de correcta manera lo que efectivamente prohíbe esta norma y, *a contrario sensu* los límites de lo permitido como lo serían eventuales acciones terapéuticas.

Es en este último sentido que presentamos además la metodología con que el DFL 226 de 1931 y el DFL 725 de 1967 regularon el aborto hasta hace sólo veintitrés años atrás. Ambos aceptaron históricamente la práctica del aborto terapéutico como una maniobra necesaria en casos de excepción entre las mujeres embarazadas cuya salud o vida estuviesen en grave riesgo por su estado de preñez, el primero de ellos en su artículo 226 y luego el DFL 725 en su artículo 119 depositaban en la *lex artis* médica el criterio suficiente para determinar cuando dicha maniobra estaría permitida, este pensamiento es recogido en la forma cómo estaban redactados cada una de dichas normas, solicitando para su “justificación” la opinión documentada de los mismos facultativos de la salud.

En vista de esta historia legislativa sanitaria en el país, nos parece a lo menos extraña la norma promulgada por la ley 18.826 de 1989 que vino a instaurar la ya mencionada “prohibición sanitaria” al interior del Código de Salud, derogando el artículo 119 y remplazando su texto por: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Estamos ciertos que dicha modificación legal es una consecuencia más de la Constitución Política de 1980, que a través de su catálogo de derechos mencionados en el artículo 19, indudablemente el resto de las legislaciones deberían, en el corto plazo, adecuarse a este marco regulatorio entregado por la Carta Fundamental; en este caso será el número 1 de dicho artículo que, asegurando el derecho a la vida incluyendo aquella que está por nacer, la responsable de dicha ley derogatoria.

No profundizaremos en la concepción *iusnaturalista* que imperó en el pensamiento de la Comisión Ortúzar al momento de su redacción, ni tampoco en la

⁴⁰⁴ MARCHILI, LUÍS ALBERTO. “Cómo legislar con sabiduría y elocuencia”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Dunken. 2009. p. 241.

cercanía con la mirada conservadora de la Iglesia Católica, puesto que no es lo importante en esta conclusión, pero sí, nos parece atingente el evaluar la historia fidedigna de la Ley 18.826 que, luego de un largo proceso legislativo bajo el gobierno militar donde no existía la regularidad institucional a la que estamos acostumbrados en un Estado de Derecho, pero igualmente se hicieron símiles de instancias para discutir los proyectos de ley. En este sentido cabe destacar que el proyecto presentado por el Almirante Merino estaba fuertemente apoyado por académicos y profesionales de la salud de la época, contrastando con lo que pudiera pensarse de un miembro de la Junta de Gobierno –que se fundamentaba en una concepción cristiana del hombre, dotándolo de espiritualidad y dignidad inalienable por el sólo hecho de ser hombre-, por lo mismo el presentar un Proyecto de ley que intente equiparar la vida del que está por nacer con la de una persona viva, o definir el aborto en el inciso I del artículo 342; nos parecerá discutible si es acertado o no dicha pretensión pero no podemos discutir el sentido “liberal” que sustentaban dichas frases.

Por lo mismo es a todas luces perceptible, el tenor de “Segundo Informe Complementario” de la Comisión Conjunta que vino a frenar este espíritu “poco apropiado” para la época y en unas semanas el Proyecto original era desmantelado, no sólo porque ya no cambiaría una letra del Código Penal, sino porque además el completo artículo 119 que se proponía era livianamente remplazado por una frase cuyo único fin es prohibir una conducta que históricamente el país había dado por cierta, y que quizás habría sido el comienzo no de una cultura abortista moderna, sino que una política de salud abierta y transparente como un principio básico que hoy se exige en todas las Instituciones democráticas.

Las influencias doctrinarias penales de la actualidad, creemos que son un gran aporte para permear estas políticas públicas de sanidad que vagamente aportan a la erradicación final del problema del aborto o a lo menos a transparentar los números y casos donde se practica el aborto terapéutico en nuestros centros de salud. No es posible que en pleno siglo XXI no existan estadísticas claras y avaladas por la autoridad, donde se señalen los números de casos vigentes en el país, el tipo de aborto realizado o las motivaciones que expliquen la conducta de la mujer.

En este sentido de pensamiento moderno, nos parece destacable la mirada que destacados catedráticos como Mario Garrido Montt o Alfredo Etcheberry ya a comienzos de la década de los 90 abogaran por instaurar el pensamiento que esta prohibición es de corte general (repetiendo la prohibición del artículo 342 a 345 del Código Penal) y por ende, nada obstaría a que si pudiesen aplicar las causales generales de justificación, es decir, aquellas contempladas en el artículo 10 del mismo cuerpo punitivo. A mayor especificidad, Politoff, Matus y Ramírez, señalan que no existe una “excepción especialmente regulada”, por lo que no habría inconveniente alguno en justificar dicha conducta del facultativo, que mediando la buena fe y su *lex artis*, permitirían alegar la inexistencia de antijuricidad según el artículo 10 n° 10.

En otro sentido, y mucho más reciente aun, hemos mencionado las posibles consecuencias que puede generar el aceptar el nuevo artículo 10 n° 11 de estado de necesidad (creado por la ley 20.480, del 18 de diciembre de 2010) y que ampliaría las posibilidades de alegar un sacrificio justificado no sólo de la propiedad sino que ahora es posible llegar a la vida o salud de una persona, lo que favorecería la aplicación del aborto terapéutico como medida de excepción para la *lex artis* médica.

Ahora bien, respecto a los intentos por modificar la situación legal del aborto terapéutico, hemos analizado por un lado, el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión Foro Penal, y por otro, todos los proyectos de ley presentados en el Congreso desde el año 1990 a la actualidad, relacionados con el aborto terapéutico, ya sea que hayan procurado agravar la sanción aplicable al tipo penal de aborto, o por el contrario, incorporar a nuestra legislación una excepción explícita para los casos de indicación terapéutica.

Vimos que el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión Foro Penal, si bien modificó algunos aspectos del tratamiento legal del delito de aborto, no alteró el criterio hasta ahora existente en relación al aborto en los casos de riesgo para la salud o vida de la mujer embarazada. Esto, debido a que los integrantes del Foro Penal, decidieron que una modificación en este sentido, atendiendo el grado de discordia que circunda al tema, requería emanar de un ente representativo, luego de una reflexión nacional y un debate público serio, propios de una sociedad democrática.

Además estimaron que la posibilidad de interrumpir un embarazo bajo indicación terapéutica en forma legal, queda fuertemente resguardada por las causales generales de exención de responsabilidad penal, en concreto, por la justificante del legítimo ejercicio de la profesión.

En cuanto a los proyectos de ley presentados en el Congreso, tras el análisis de cada una de las mociones presentadas a partir del año 1990, creemos que, aún cuando no ha existido voluntad política suficiente como para incorporar en forma expresa una norma que permita interrumpir legalmente un embarazo cuando la vida o salud de la madre están en riesgo, es posible percibir cierta evolución en el criterio de los parlamentarios, favorable a la idea de legislar en este sentido. Lo anterior, se infiere de la cantidad de proyectos presentados en los últimos años, en que se ha propuesto la promulgación de una norma similar a la del antiguo artículo 119 del Código Sanitario, e incluso la incorporación, por primera vez en nuestra historia, de otras indicaciones legales de aborto, como la ética o la eugenésica.

Por todo lo anteriormente dicho, creemos que, la discusión en torno al aborto terapéutico en nuestro país, ha sido planteada sobre la base de supuestos erróneos. Y es que, de un lado, quienes defienden la conveniencia de promulgar una norma que expresamente permita la práctica de un aborto con indicación terapéutica, han sostenido que dicha posibilidad se encuentra vetada en nuestra legislación, por lo que, en este momento, cuando un médico se ve enfrentado a un embarazo con complicaciones que ponen en riesgo la vida o salud de la mujer gestante, no tendría más alternativa que limitarse a un tratamiento paliativo del mal, que no interrumpa el desarrollo del feto, dejando que la condición de la madre se deteriore, aún cuando se provoque así su muerte, o, derechamente aconsejarle a la mujer que viaje a otro país donde la interrupción del embarazo en dicho caso sea admitida por ley⁴⁰⁵.

Por el otro lado, quienes se oponen a la promulgación de una norma en el sentido ya descrito, han señalado que su implementación no sería necesaria, toda vez que la legislación penal condena sólo a aquel que intencionalmente provoca un aborto,

⁴⁰⁵ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 360ª, Sesión 5ª... cit., intervención del Senador Rossi, pp. 11-21.

y no a quien lo efectúa involuntariamente, como consecuencia de los auxilios y cuidados prestados a la mujer gestante, con el objeto de salvar tanto su vida como la del feto⁴⁰⁶.

A nuestro juicio, ninguna de estas dos posturas se apega a la forma en que, creemos, nuestra legislación aborda el aborto terapéutico. Como ya señaláramos, el artículo 10 N° 10 del Código Penal, consagra la exención de responsabilidad criminal basada en el cumplimiento de un deber, o en el legítimo ejercicio de un oficio, y el N° 11 de la misma norma, al ser modificada el año 2010, contempla el estado de necesidad ya no sólo para los casos en que se ocasiona un daño a la propiedad, sino también a la persona. De estas dos disposiciones, podríamos inferir, que en aquellas situaciones en que la salud o vida de la mujer gestante se encuentre en riesgo a causa del embarazo, la ley autorizaría la práctica de un aborto. No cabría distinguir así, entre aborto terapéutico directo e indirecto, toda vez que la ley está amparando a quien efectúa la intervención, ya sea que la muerte del feto se produzca como una consecuencia colateral a las maniobras curativas, o como un efecto deseado, en resguardo de la vida o salud de la mujer embarazada.

Hasta aquí entonces, podemos decir que la interrupción del embarazo con fines terapéuticos, de acuerdo a nuestra legislación, resulta completamente legítima si se enmarca dentro de las causales de exención de responsabilidad criminal descritas. Sin embargo, el problema se genera a la hora de determinar esta aparente legalidad en el caso concreto, puesto que al tratarse de una norma general, el carácter legítimo de este tipo de abortos sólo puede ser resuelto en sede jurisdiccional, tras un análisis *ex post* de las circunstancias.

En su momento destacamos una sentencia de la Corte Suprema de El Salvador, que reconocía la legalidad de estas maniobras basada también en las causales de exención de responsabilidad penal. La destacamos dadas las similitudes de la legislación del país centroamericano con la nuestra en materia de aborto. La diferencia, es que en Chile no contamos con un precedente judicial que reconozca la tesis que en la presente investigación desarrollamos. En este sentido, cabe agregar, que tras una

⁴⁰⁶ *Ibidem*, intervención del Senador Orpis, p. 58.

profunda búsqueda, no logramos encontrar ningún fallo dictado en Chile, ni de primera ni segunda instancia, que condene o absuelva a una mujer o facultativo, por la práctica de un aborto terapéutico.

Es decir, al no contar con un antecedente jurisdiccional que se pronuncie sobre esta materia, considerando la gran cantidad de abortos clandestinos que se realizan en nuestro país, suponiendo que más de alguno de ellos cabe dentro de la variable terapéutica, y que, de acuerdo a lo expuesto en la presente investigación, nuestra legislación entrega a los tribunales de justicia la labor de determinar si la práctica de un aborto se ajusta o no a los parámetros establecidos por las normas generales de exención de responsabilidad penal, creemos que resulta fundamental zanjar de una vez la discusión, y promulgar una norma que explícitamente consagre la legalidad de la interrupción del embarazo en los casos en que éste ponga en peligro la vida o salud de la mujer encinta, toda vez que ello brindaría seguridad jurídica a nuestro ordenamiento, y disiparía la incertidumbre en la que se ven envueltos tanto los facultativos, como las mujeres que se enfrentan a una situación de estas características y que, o bien se abstienen de obrar por temor a infringir la ley y a ser sometidos a un procedimiento criminal, o acceden a un aborto en forma clandestina, con todos los riesgos y costos que ello conlleva.

Es por ello, que a continuación presentamos nuestra propuesta de regulación sobre aborto terapéutico, que modifica el Código Penal y Sanitario, de la siguiente forma:

“Proyecto de Ley sobre Interrupción Terapéutica del Embarazo”

Artículo 1: Reemplázase el artículo 119 del Código Sanitario, por el siguiente:

Artículo 119: El facultativo podrá interrumpir el embarazo cuando exista un peligro actual o inminente para la vida de la madre o grave deterioro de su salud, siempre y cuando, la intervención se lleve a cabo con el consentimiento de la mujer encinta, y la aprobación del Comité de Ética Médica del establecimiento de salud. En caso de que

esto último no sea posible, se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos.

Artículo 2: Modifícase el Código Penal, de la siguiente forma:

1. Agrégase a continuación del art. 342 N° 3, la siguiente oración, reemplazando para estos efectos su punto final “.”, por una coma “,”:

“, sin perjuicio de los casos previstos en la ley.”

2. Intercálese en el inciso primero del art. 344 la siguiente oración, a continuación de la coma “,”:

“sin perjuicio de los casos previstos en la ley,”

3. Intercálese en el inciso primero del art. 345 la siguiente oración, a continuación de la segunda coma “,”:

“sin perjuicio de los casos previstos en la ley,”.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN Y ANTECEDENTES

1. ABORTION ACT OF 1967 (Ley de Aborto Inglesa de 1967). Archivo Oficial del Gobierno de Reino Unido. Publicado por la Reina Elizabeth II el 27 de octubre de 1967.
2. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Santiago, Chile. Vol. I y III. 1975-1988.
3. AMNISTÍA INTERNACIONAL. “La Prohibición Total del Aborto en Nicaragua, la vida y la salud de las mujeres en peligro; los profesionales de la medicina, criminalizados”. Madrid, España. Editorial Amnistía Internacional. Julio de 2009.
4. ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. Resolution 1607/2008. Access to safe and legal abortion in Europe. Número 2.
5. ASOCIACIÓN CHILENA DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, APROFA. “Aborto en Chile. Argumentos y Testimonios para su Despenalización en Situaciones Calificadas”. Santiago, Chile. 2010.
6. CENTRO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. “Recurso por Inconstitucionalidad contra la Ley 603 que derogó el aborto terapéutico”. Managua, Nicaragua. Movimiento Autónomo de Mujeres de Nicaragua. Febrero de 2007.
7. CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE (Código de Salud Pública). Francia. Editorial Dalloz. 24ª Edición. 2010.
8. CÓDIGO DE ÉTICA. Colegio Médico de Chile A.G. Santiago, Chile. 1983
9. CÓDIGO DE ÉTICA. Colegio Médico de Chile A.G. Santiago, Chile. 2008.

10. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA ADOPTADO POR LA ASOCIACIÓN MÉDICA HONDUREÑA. Revista Médica Hondureña. Tegucigalpa, Honduras.
11. CÓDIGO PENAL. EDICIÓN OFICIAL. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 20ª Edición. 2007.
12. CÓDIGO PENAL DE BÉLGICA. Edición 2010.
13. CÓDIGO PENAL DE BRASIL. D.O.U. Rio de Janeiro. 31 de diciembre de 1940.
14. CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR. Diario Oficial. San Salvador, El Salvador. 10 de junio de 1997.
15. CÓDIGO PENAL DE HONDURAS. Diario Oficial La Gaceta. Tegucigalpa, Honduras. 26 de septiembre de 1983.
16. CÓDIGO PENAL ITALIANO. Editorial Halley. 2007.
17. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Editorial Errepar, 9ª Edición. 2010.
18. CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA. Diario Oficial La Gaceta. Managua, Nicaragua. 16 de noviembre de 2007.
19. CÓDIGO PENAL PERUANO. Lima. Juristas Editores EIRL. 2007.
20. CÓDIGO SANITARIO. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1973.
21. CÓDIGO SANITARIO. EDICIÓN OFICIAL. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 12ª Edición. 2006.
22. COMISIÓN DE SALUD DEL SENADO. "Informe de la Comisión de Salud, recaído en los proyectos de ley, en primer trámite constitucional que despenalizan la interrupción de embarazo (Boletines n°s 7373-11, 6522-11, 6591-11)". Valparaíso, Chile.
23. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. Diario Oficial. San Salvador, El Salvador. 16 de diciembre de 1983.

24. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE AÑO 1980. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición. 2002.
25. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/2006. Bogotá, Colombia.
26. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA. F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva.
27. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR. Nº 18-1998, 20/11/2007. Centro de Documentación Judicial.
28. DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº226 DEL MINISTERIO DE BIENESTAR SOCIAL. Santiago, Chile. 31 de mayo de 1931. Biblioteca del Congreso Nacional.
29. DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº725 DEL MINISTERIO DE SALUD. Santiago, Chile. 31 de enero de 1968. Biblioteca del Congreso Nacional.
30. DECRETO Nº 443. Crea Comisión asesora del Ministerio de Justicia denominada Comisión de Estudio para la Elaboración de un Anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal. Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 12 junio de 2003.
31. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 360ª, Sesión 5ª en miércoles 21 de marzo de 2012.
32. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 360ª, Sesión 7ª en miércoles 4 de abril de 2012.
33. DICCIONARIO MÉDICO. Barcelona, España. Manuales Salvat., 2ª Edición. 1989.
34. ENCICLOPEDIA DE LA VIDA (I). Sao Paulo. Brasil. Editorial Abril S.A. 1973.
35. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE). “Compendios estadísticos y MINSAL”. Departamento de Estadísticas e Información de Salud. 2000.

36. JILES, XIMENA. "De la miel a los implantes. Historia de las políticas de regulación de la fecundidad en Chile". Corporación de Salud y Políticas Sociales. Santiago, Chile. 1992.
37. LEY 194 DEL 22 DE MAYO DE 1978. "Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza". Gazzetta Ufficiale. Roma, Italia. 1978.
38. LEY N° 20.120 sobre "Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana". Santiago, Chile. Publicada en D.O. 22 de septiembre de 2006.
39. LEY N° 20.253 que "Modifica el Código Penal y Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de la policía". Santiago, Chile. Publicada en D.O. el 14 de marzo de 2008.
40. LEY N° 20.480 que "Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar".
41. LEY ORGÁNICA 2/2010, de "Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo". Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 4 de marzo de 2010.
42. LEY ORGÁNICA 9/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 12 de julio de 1985.
43. MINISTERIO DE SALUD. "Anuarios de Demografía y Estadísticas Vitales". Departamento de Estadísticas e Información de Salud. 2009.
44. MINISTERIO DE SALUD. "Resolución Exenta N°134 sobre Norma General Técnica N° 2, sobre Comités de Ética de los Servicios De Salud y Deroga D.P.I. Técnica N° 10". Santiago, Chile. 11 de febrero de 1994.
45. MONREAL, TEGUALDA. "Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia de la anticoncepción". Simposio Nacional Leyes para la Salud y la

Vida de las Mujeres: Hablemos de Aborto Terapéutico, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos. Santiago, Chile. 1993.

46. OFICIO N° 6288. Cámara de Diputados, 3 de agosto de 2006, Valparaíso Chile.
47. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Bulletin of the World Health Organization". Vol. 51. 1999.
48. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Constitución de la Organización Mundial de la Salud". 45ª Edición. Nueva York, Estados Unidos. 2006.
49. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Planificación familiar postaborto guía práctica para administradoras del programa". Ginebra. Suiza. 1997.
50. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 499-07. Cámara de Diputados, 17 de diciembre 1991, Valparaíso, Chile.
51. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 1302-07. Senado, 2 de agosto de 1994, Valparaíso, Chile.
52. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 2978-07. Cámara de Diputados, 20 de junio de 2002, Valparaíso, Chile.
53. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3197-11. Cámara de Diputados, 23 de enero de 2003, Valparaíso, Chile.
54. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3351-07. Cámara de Diputados, 10 de septiembre de 2003, Valparaíso, Chile.
55. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3449-11. Cámara de Diputados, 14 de enero de 2004, Valparaíso, Chile.
56. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 3608-04. Cámara de Diputados, 14 de julio de 2004, Valparaíso, Chile.
57. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4121-07. Cámara de Diputados, 22 de marzo de 2007, Valparaíso, Chile.

58. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4122-07. Cámara de Diputados, 22 de marzo de 2006, Valparaíso, Chile.
59. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4447-11. Cámara de Diputados, 22 de agosto de 2006, Valparaíso, Chile.
60. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4818-24. Cámara de Diputados, 10 de enero de 2007, Valparaíso, Chile.
61. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 4845-11. Cámara de Diputados, 18 de enero de 2007, Valparaíso, Chile.
62. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6420-11. Cámara de Diputados, 19 de marzo de 2009, Valparaíso, Chile.
63. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6522-11. Senado, 13 de mayo de 2009, Valparaíso, Chile.
64. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6591-11. Senado, 3 de julio de 2009, Valparaíso, Chile.
65. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 7254-07. Cámara de Diputados, 6 de octubre de 2010, Valparaíso, Chile.
66. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 7373-07. Senado, 15 de diciembre de 2010, Valparaíso, Chile.
67. PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 7391-07. Senado, 21 de diciembre de 2010, Valparaíso, Chile.
68. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 18 de mayo de 1985.
69. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 9102/1990. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España. 11 de diciembre de 1990.
70. STRAFGESETZBUCH (CÓDIGO CRIMINAL). Munich, Alemania. Editorial C.H. Beck. 32a Edición. 1998.

71. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Doe vs. Bolton". 410 U.S. 179 (1973).
72. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Harris vs. McRae". 448 U.S. 297 (1980).
73. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Gonzales, Attorney General vs. Carhart". 550 U.S. 124 (2007).
74. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Griswold vs. Connecticut". 381 U.S. 479 (1965).
75. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Planned Parenthood vs. Casey" 112 S. Ct. 2791 (1992).
76. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Roe vs. Wade". 410 U.S. 113 (1973).
77. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "United States vs. Vuitch". 402 U.S. 62 (1971).
78. UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. "Webster vs. Reproductive Health Services". 492 U.S. 490 (1989).

2. DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

1. ÁVILA MARTEL, ALAMIRO DE. "Esquema del Derecho Penal Indiano". Santiago, Chile. Colección de estudios y documentos para la historia del derecho chileno; 2ª Sección, estudios institucionales; Tomo III. 1941.
2. BAÑADOS, FLORENCIO. "Código Penal de la República de Chile Concordado y Comentado". Santiago, Chile. Dirección de Impresiones L. A. Lagunas. 1920.

3. BESIO ROLLERO, MAURICIO. "Aborto terapéutico: consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia Católica". Santiago de Chile. Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile. 2008.
4. BLACKSTONE, WILLIAM, "Commentaries on the law of England". Philadelphia, Estados Unidos. J.B. Lippincott Co., 1893. Vol I, p. 97. Disponible en línea en "The Online Library of Liberty" <<http://oll.libertyfund.org/title/2140>> [consulta: 13 de diciembre de 2011].
5. BOUVIER, JOHN, "John Bouvier`s Law Dictionary" (II). 6º Edición, Philadelphia, Estados Unidos. Deacon & Peterson, Printers. 1856.
6. BULLEMORE G., VIVIAN R. "Curso de Derecho Penal" (III), 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007.
7. BUSTOS PUECHE, JOSÉ. "El derecho civil ante el reto de la nueva genética". Madrid, España. Editorial Dykinson. 1996.
8. CARLSON, BRUCE M. "Embriología humana y biología del desarrollo". 3ª Edición Madrid. España. Ed. Mosby. 2005.
9. CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. "Derecho Constitucional Chileno" (I) Santiago, Chile. Editorial Ediciones UC. 2008.
10. DEL RIO, RAIMUNDO. "Derecho Penal" (I). Santiago, Chile. Editorial Nascimento. 1935.
11. DEL RÍO, RAIMUNDO. "Derecho Penal" (III). Santiago, Chile. Editorial Nascimento. 1935-1936.
12. DWORKIN, RONALD. "El Dominio de la Vida". Barcelona, España. Editorial Ariel. 1994.
13. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. "Derecho Penal" (I). Santiago, Chile. Editorial Gibbs. 1965.

14. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. "Derecho Penal. Parte Especial" (III). 2ª Edición. Santiago, Chile. Editor Carlos Gibbs A. 1965, 1976 y 1998.
15. FARRELL, MARTÍN. "La ética del aborto y la eutanasia". Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1985.
16. FAÚNDES, ANÍBAL. "El drama del aborto". Santiago. Chile. Editorial LOM. 2007.
17. FERNÁNDEZ, PEDRO JAVIER. "Código Penal de la República de Chile. Explicado y Concordado" (II). 2ª Edición. Santiago, Chile. Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona. 1899 - 1900.
18. FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. "Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento". Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001.
19. FUENSALIDA, ALEJANDRO. "Concordancias i comentarios del Código penal chileno" (I). Lima, Perú. 1883.
20. GARRIDO MONTT, MARIO. "Derecho Penal. Parte Especial" (III). 2ª Edición. Santiago, Chile. 2001 y 2005.
21. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. "Comentarios al Código Penal". Valladolid, España. Lex Nova. Septiembre de 2010.
22. GRABER, MARK A. "Rethinking abortion: equal choice, the constitution, and reproductive politics". Princeton, New Jersey. Princeton University Press. 1996.
23. GUTIÉRREZ, JOSÉ MARCOS. "Práctica Criminal de España" (III). 3º Edición. Madrid, España. Imprenta de Fermín Villalpando. 1818.
24. HAERING, BERNHARD. "Libertad y fidelidad en Cristo" (III). Barcelona, España. Editorial Herder. 1983.
25. HUERTA TOCILDO, SUSANA. "Criterios para la reforma del delito de aborto", en "La despenalización del delito de aborto". Barcelona, España. Universidad Autónoma de Barcelona. 1983.

26. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, JOSÉ LUIS. "La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX". Madrid, España. Siglo XXI de España Editores. Febrero de 1992.
27. LABATUT GLENA, GUSTAVO. "Derecho Penal. Parte Especial" (II). 7ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1983.
28. MARDONES RESTAT, FRANCISCO. "Del empirismo al profesionalismo en la atención del nacimiento". Santiago, Chile. 2000.
29. MARCHILI, LUÍS ALBERTO. "Cómo legislar con sabiduría y elocuencia". Buenos Aires, Argentina. Editorial Dunken. 2009.
30. MARTINEZ, STELLA MARIS. "Manipulación genética y Derecho Penal". Editorial Universitaria. Buenos Aires, Argentina. 1994.
31. MIR PUIG, SANTIAGO. "La despenalización del aborto". Barcelona, España. Editorial Universidad Autónoma de Barcelona. 1983.
32. MOLINA BETANCUR, CARLOS. "El derecho al aborto en Colombia". Medellín, Colombia. Universidad de Medellín. 2006.
33. MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "Derecho Penal. Parte Especial". 15º Edición. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2004.
34. NASON, ALVIN. "Biología". México. D.F. Editorial Limusa - Winley S.A. 1970.
35. NAVARRA-VALLS, RAFAEL. "Análisis jurídico del Proyecto de Ley del aborto". Madrid, España. Foro de la Sociedad Civil. Diciembre de 2009.
36. NOVOA MONREAL, EDUARDO. "Curso de derecho penal chileno" (I). Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1960.
37. PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO. "El Código Penal concordado y comentado" (III). Madrid, España. Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1849.
38. PAULSEN, MICHAEL. "The worst constitutional decision of all time". 78 Notre Dame Law Review 995. 2003.

39. PÉREZ SÁNCHEZ, A., y DONOSO SIÑA, E. "Obstetricia". Santiago. Chile. Mediterráneo. 2011.
40. POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. "Derecho penal chileno: Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas". (I). Santiago, Chile. Ediciones Encina. 1971 y, Editorial Jurídica de Chile. 1993 (2ª Edición).
41. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. "Lecciones de derecho penal chileno". 2ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005.
42. QUERALT JIMENEZ, JOAN. "Derecho Penal Español: Parte especial". Barcelona, España. Editorial Atelier. 4ª Edición. 2002.
43. RIVACOBAY RIVACOBAY, MANUEL DE. "Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora". Valparaíso, Chile. Ed. EDEVAL, 1974.
44. RIVACOBAY RIVACOBAY, MANUEL DE. "Evolución histórica del derecho penal chileno". Valparaíso, Chile. Editorial Edeval. 1991.
45. RHODE, DEBORAH L. "Justice and gender: sex discrimination and the law". Estados Unidos. Harvard University Press. 1989.
46. SADLER, T. W. "Embriología médica". Carolina del Norte, Estados Unidos de América. Editorial Panamericana. 2001.
47. SHAPIRO, IAN. "Abortion: The Supreme Court Decisions: 1965-200". Indianapolis, Estados Unidos. Hackett Publishing Company. 2ª Edición, 2001.
48. SIMON, RITA J. "Statues, policies, and public attitudes the world over". Westport, Connecticut. Praeger. 1998.
49. SOLINGER RICKIE. "Abortion wars: A half century of struggle 1950-2000". Berkeley, California. University of California Press. 1998.

50. SOTO LAMADRID, MIGUEL. "Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho". Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea. 1990.
51. VERA, ROBUSTIANO. "Código Penal de la República de Chile, Comentado". Santiago, Chile. Imprenta de P. Cadot I Ca. 1883.

3. REVISTAS, DIARIOS Y ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS

1. BALÍN, M. "El TC resolverá en un año los recursos del PP al aborto y al matrimonio gay" [en línea] El Diario Montanés en Internet. 14 de junio, 2011. <<http://www.eldiariomontanes.es/v/20110215/nacional/destacados/resolvera-recursos-aborto-matrimonio-20110215.html>> [consulta: 10 junio 2011]
2. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno". Revista de Derecho y Humanidades. N° 10. 2004.
3. BECA INFANTE, JUAN PABLO. "El aborto terapéutico". Revista Chilena de Pediatría. Volumen 70 (1) enero – febrero. 1999.
4. C., E. "El número de abortos se mantiene "sin avalanchas" seis meses después de aprobarse la ley" [en línea] El Confidencial en Internet. 10 de enero, 2011 <<http://www.elconfidencial.com/salud/numero-abortos-mantiene-20110110.html>> [consulta: 10 junio 2011].
5. CAMPUSANO, MAURICIO. "Polémica al interior de la Concertación: Proyecto pro aborto abre nuevas tensiones" [en línea] Diario El Mercurio, 14 de noviembre de 2006 <<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={c80226f1-89a1-45d4-9632-503bc339ac80}>>> [consulta: 12 de marzo de 2012].
6. CAÑAS, GABRIELA. "Aborto, no" [en línea] Diario El País en Internet. 2 de abril de 2012 <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/02/actualidad/1333354582_848911.html> [consulta: 11 de junio de 2012].

7. CARBAJAL MARIANA. "Una vida en riesgo por negar un aborto" [en línea] Diario Página 12. 13 de octubre de 2011 <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-178801-2011-10-13.html>> [consulta: 1 de junio de 2012].
8. CARPIZO, JORGE. "La interrupción del embarazo antes de las doce semanas". [en línea] México <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2841/4.pdf>>. pp. 4 - 6. [consulta: 31 octubre 2011]
9. CASTRO GONZÁLEZ, JUAN LUIS. "Aborto Provocado y Aborto Terapéutico: Dos conceptos distintos para el Colegio médico". [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl/archivos/>>.
10. CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL. "La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados" [en línea] Agencia de Noticias del Poder Judicial, 13 de marzo de 2012 <<http://www.cij.gov.ar/scp/index.php?p=interior-nota&nid=8754>> [consulta: 14 de marzo de 2012].
11. CENTRO DE LA MUJER PERUANA FLORA TRISTÁN. "El aborto: un problema social y de salud pública". [En línea]. <<http://www.flora.org.pe/el%20aborto.htm>>. [Consulta : 19 de octubre de 2011].
12. CLERC, RAUL. "Caso Aborto Terapéutico Claudia Pizarro" [en línea]. <http://www.elojolaboral.org/?p=625> [consulta: 28 de mayo de 2011].
13. COLEGIO MÉDICO DE CHILE. "Interrupción del embarazo como medida terapéutica en casos de gestantes con riesgo de muerte al continuar la gravidez". [en línea]. <<http://www.colegiomedico.cl/archivos/>>
14. COLPISA, M. "El TC prevé dictar sentencia sobre la ley del aborto en un año" [en línea] Diario de Navarra en Internet. 15 de febrero, 2011. <http://www.diariodenavarra.es/20110215/nacional/el-tc-preve-dictar-sentencia-ley-aborto_ano.html?not=2011021501595947&idnot=2011021501595947&dia=20110215&seccion=nacional&seccion2=tribunales&chnl=30> [consulta: 10 junio 2011]

15. COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL. “Anteproyecto de Código Penal Argentino” [en línea] <http://carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=218:anteproyecto-del-codigo-penal-argentino&catid=52:legislacion&Itemid=50> [consulta: 13 de marzo de 2012].
16. COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL. “Fundamentos del anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal”, p. 49. [En línea] <<http://www.circulodoxa.org/documentos/FUNDAMENTOS.pdf>> [consulta: 13 de marzo de 2012].
17. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Volumen 13. 1989-1990.
18. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”. Revista Ius et Praxis. Vol. 11, n° 1. 2005.
19. COUCEIRO, AZUCENA; BECA, JUAN PABLO. “Los Comités de Ética Asistencial y las repercusiones jurídicas de sus informes”. Revista Médica de Chile. Vol. 134 (4), abril 2006.
20. CROXATTO, HORACIO; ORTIZ, MARÍA ELENA. Mecanismo de acción del levonorgestrel en la anticoncepción de emergencia. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología. Vol. 69 (2). 2004.
21. CUEVAS P., JACMEL. “La silenciosa batalla al interior de la comisión de reforma al Código Penal”. [en línea] El Mostrador. 5 de junio de 2006. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2006/06/05/la-silenciosa-batalla-al-interior-de-la-comision-de-reforma-al-codigo-penal/>> [consulta: 05 de enero de 2012].

22. DE QUEROL, RICARDO. “El Gobierno reformará la ley del aborto y sugiere un regreso al modelo de 1985” [en línea] Diario El País en Internet. 25 de enero de 2012 <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/01/25/actualidad/1327486130_332827.html> [consulta: 11 de junio de 2012].
23. DIARIO EL CONFIDENCIAL. “Aumenta el número de abortos en el segundo semestre del 2010, según asociaciones pro vida”. [en línea]. El Confidencial en Internet. 08 de enero de 2011. <<http://www.elconfidencial.com/sociedad/asociaciones-provida-avisar-abortos-aumentado-segundo-20110108-73337.html#>>. [consulta: 15 de junio de 2011].
24. DIARIO EL MERCURIO. “Colegio Médico llama al Gobierno a pronunciarse sobre aborto terapéutico”. [en línea]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={09074d0e-4217-4d2d-a37b-077dc3c24372}> [consulta: 20 de abril 2011].
25. DIARIO EL MERCURIO. “Diputada Zalaquett y aborto terapéutico: estoy en desacuerdo con Matthei y Rossi”. [En línea] El Mercurio Online, 15 de diciembre de 2010. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/12/15/453064/diputada-zalaquett-y-aborto-terapeutico-estoy-en-desacuerdo-con-matthei-y-rossi.html>> [consulta: 28 de febrero de 2012].
26. DIARIO EL MERCURIO. “Diputados PPD Tarud y Accorsi rechazan legalización del aborto”. [En línea] El Mercurio Online, 11 de noviembre de 2006 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2006/11/11/235695/diputados-ppd-tarud-y-accorsi-rechazan-legalizacion-del-aborto.html> > [consulta: 12 de marzo de 2012].
27. DIARIO EL MERCURIO. “Embarazos patológicos y matricidio” [en línea] <<http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={9d70032a-a221-4d03-9f98-51fe10094d6d}>> [consulta: 15 de abril de 2011].
28. DIARIO EL MERCURIO. “Mandatario usará veto si se aprueba proyecto sobre el aborto terapéutico”. [En línea] El Mercurio Online, 9 de septiembre de 2011.

<<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={c0d5caaa-8e38-449f-9543-e6c143e54092}>> [consulta: 28 de febrero de 2012].

29. DIARIO EL MERCURIO. "Proyecto para legalizar el aborto". [En línea] El Mercurio Online, 19 de noviembre de 2006 <<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Bc433ddff-3a1d-466e-8954-2654bbcec6f4%7D>> [consulta: 12 de marzo de 2012].
30. DIARIO EL MERCURIO. "Senado rechazó proyectos para despenalizar el aborto terapéutico" [en línea] El Mercurio Online, 5 de abril de 2012 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/04/04/534358/aborto-terapeutico.html>> [consulta: 10 de abril de 2012]
31. DIARIO EL MERCURIO. "Senador Ruiz-Esquide acusa afán farandulesco de Enríquez-Ominami". [En línea] El Mercurio Online, 19 de enero de 2007 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/01/19/242835/senador-ruiz-esquide-acusa-afan-farandulesco-de-enriquez-ominami.html>> [consulta: 12 de marzo de 2012].
32. DIARIO EL MOSTRADOR. "Hasbún (UDI): Proyecto sobre aborto terapéutico es a título personal y no representa el sentir del partido" [en línea] El Mostrador, 15 de diciembre de 2010 <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/12/15/hasbun-udi-proyecto-sobre-aborto-terapeutico-es-a-titulo-personal-y-no-representa-el-sentir-del-partido/>> [consulta: 28 de febrero de 2012].
33. DIARIO EL PAÍS. "El líder del PP derogará la ley del aborto para volver a la del 85" [en línea] El País en Internet. 05 de abril, 2011. <http://www.elpais.com/articulo/espana/lider/PP/derogara/ley/aborto/volver/85/el-pepiesp/20110405el-pepinac_7/Tes> [consulta: 10 de julio 2011].
34. DIARIO EL TIEMPO. "Aborto no se castigará en 3 casos". [En línea]. 11 de mayo de 2006. <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2018959>> [consulta: 24 de octubre de 2011].

35. DIARIO LA NACION. “Socialistas se distancian de proyecto sobre aborto de Enríquez –Ominami” [en línea] La Nación, 21 de noviembre de 2006 <<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20061120/pags/20061120221616.html>> [consulta: 12 de marzo de 2012].
36. DIARIO LA SEGUNDA. “Comisión de Salud del Senado aprueba idea de legislar sobre aborto terapéutico”. [en línea] La Segunda Online, 6 de septiembre de 2011. <<http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2011/09/678977/Comision-de-Salud-del-Senado-aprueba-idea-de-legislar-sobre-aborto-terapeutico>> [consulta: 28 de febrero de 2012].
37. DIARIO LA TERCERA. “Carlos Larraín: si el gobierno apoyara el aborto terapéutico, me paso a la oposición” [en línea], La Tercera en Internet, 20 de diciembre de 2010 <<http://latercera.com/noticia/portada/2010/12/653-332123-9-carlos-larrain-si-el-gobierno-apoya-el-aborto-terapeutico-me-paso-a-la-oposicion.shtml>> [consulta: 28 de febrero de 2012].
38. DIARIO LA TERCERA. “Carlos Larraín rechaza propuesta de Matthei: el aborto nunca es terapéutico” [en línea] La Tercera en Internet, 16 de diciembre de 2010 <<http://latercera.com/noticia/politica/2010/12/674-331323-9-carlos-larrain-rechaza-propuesta-de-matthei-el-aborto-nunca-es-terapeutico.shtml>> [consulta: 28 de febrero de 2012].
39. DIARIO LA TERCERA. “Menos de dos horas vivió el bebé de mujer que solicitó aborto terapéutico” [en línea]. <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/01/680-335533-9-menos-de-dos-horas-vivio-el-bebe-de-mujer-que-solicito-aborto-terapeutico.shtml> [consulta: 28 de mayo de 2011].
40. DIDES, CLAUDIA; BENAVENTE, CRISTINA; SÁEZ, ISABEL. “Aborto en Chile”. Programa Inclusión Social y Género. FLACSO, Chile. Santiago, Enero 2011.
41. EL NUEVO DIARIO. “Más del 50% de nicaragüenses proponen revisar ley sobre aborto” [en línea] 28 de mayo de 2012 <<http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/252750-mas-del-50-de-nicaragenses-proponen-revisar-ley-aborto>> [consulta: 31 de mayo de 2012].

42. EFE, AGENCIA. “Las clínicas abortistas denuncian que hay 17 leyes del aborto, una por cada autonomía” [en línea] Diario El País en Internet. 16 de febrero, 2011. <[http://www.elpais.com/articulo/sociedad/clínicas/abortistas/denuncian/hay/leyes/aborto/autonomia/elpepusoc/20110216elpepusoc_12/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/cl%C3%ADnicas/abortistas/denuncian/hay/leyes/aborto/autonomia/elpepusoc/20110216elpepusoc_12/Tes)> [consulta: 10 junio 2011].
43. ERRAZURIZ, FEDERICO. “Mensaje del Gobierno acompañando el presente Código Penal al Congreso” [en línea] <[http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal %20de%20Chile%20libro1.htm](http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro1.htm)> [consulta: 26 octubre 2011].
44. ETCHEBERRY O., ALFREDO. “Reflexiones sobre Política Criminal”. [en línea] Política Criminal. Julio, 2009. Volumen 4, número 7, doc. 2. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7D2.pdf> [consulta: 05 de enero de 2012].
45. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. “Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos de 2006”. [en línea] Santiago de Chile. <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/introduccion1.pdf>> [consulta 12 de marzo de 2012].
46. FERRANDO, DELICIA. “El aborto clandestino en el Perú. Revisión”. [en línea]. Lima, Perú. Centro de la mujer peruana Flora Tristán. <<http://www.inppares.org/sites/default/files/Aborto%20clandestino%20Peru.pdf>> . [consulta : 19 de octubre de 2011].
47. FIELDING, WALDO L. Repairing the damage, before Roe. [en línea] The New York Times en Internet. 03 de junio, 2008. <<http://www.nytimes.com/2008/06/03/health/views/03essa.html>> [consulta: 20 de junio de 2011].
48. FLACSO, CHILE. “Aborto en Chile: aspectos centrales de la regulación jurídica y normativa” [en línea] Serie Documentos Electrónicos Programa Inclusión Social y Género. N° 4, diciembre 2010. <http://www.flacso.cl/publicaciones_ficha.php?publicacion_id=951> [consulta: 16 de febrero de 2012].

49. FREDRICK N. DYER. "Horatio Robinson Storer, M.D. and the physicians' Crusade against abortion 4". [en línea]. <<http://www.uffl.org/vol%209/dyer9.pdf>>. [consulta: 30 de noviembre de 2011].
50. GARCÍA GALLO, ALFONSO. "El Derecho Común ante el Nuevo Mundo". Revista de Estudios Políticos. Vol. 80. 1955.
51. GARCÍA, JESÚS. "El fiscal pide 309 años para el doctor Morín por un centenar de abortos ilegales". [en línea]. Diario El País. 15 de septiembre de 2011. <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fiscal/pide/309/anos/doctor/Morin/centenar/abortos/ilegales/elpepusoc/20110915elpepusoc_8/Tes>. [consulta: 29 de noviembre de 2011].
52. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ALEJANDRO. "Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo". Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. Nº 23, p. 6, año 2010.
53. GORMAZ SAAVEDRA, GUSTAVO. "Precisiones sobre el aborto". Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología. Volumen 60 (5). 1995.
54. GREENHOUSE, LINDA. "Dr. Milan Vuitch, 78, fighter for abortion rights". [en línea]. The New York Times en Internet. 11 de abril de 1993. [consulta: 01 diciembre de 1993].
55. GREENHOUSE, LINDA. "Justices Back Ban on Method of Abortion" [en línea] The New York Times en Internet. 19 de Abril, 2007. <<http://www.nytimes.com/2007/04/19/washington/19scotus.html>> [consulta: 28 julio 2011].
56. GUTTMACHER INSTITUTE. "Aborto inducido en Colombia: nuevas estimaciones y cambios de 1989 a 2008". Nueva York, Estados Unidos. [en línea] <<http://www.guttmacher.org/pubs/journals/3800212S.pdf>>. [consulta : 19 de octubre de 2011].

57. GUTTMACHER INSTITUTE. "Acontecimientos en las leyes sobre aborto inducido: 1998 – 2007. [en línea]. <<http://www.guttmacher.org/pubs/journals/3503009S.pdf>>. [consulta: 21 de octubre de 2011].
58. GUTTMACHER INSTITUTE. "Datos sobre el aborto y el embarazo no deseado en América Latina y el Caribe". [en línea]. Nueva York, Estados Unidos. <http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf>. [consulta : 25 de octubre de 2011].
59. GUTTMACHER INSTITUTE. "Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias". Nueva York, Estados Unidos. [en línea] <<http://www.guttmacher.org/pubs/Embarazo-no-deseado-Colombia.pdf>>. [consulta: 19 de octubre de 2011].
60. GUTTMACHER INSTITUTE. "State Policies in Brief. An Overview of Abortion Laws". Nueva York, Estados Unidos. 1 de junio de 2012 [en línea] <http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OAL.pdf> [consulta: 12 de junio de 2012].
61. GUTTMACHER INSTITUTE. "Trends in Abortion in the United States, 1973-2008". Nueva York, Estados Unidos. Enero de 2011 [en línea] <<http://www.guttmacher.org/presentations/trends.pdf>> [consulta: 28 de junio de 2012].
62. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS; SOTO PIÑEIRO, MIGUEL. "Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto del nuevo código penal". Revista de Estudios de la Justicia. Número 9. 2007.
63. UNITED NATIONS. Abortion Policies. A Global Review. [en línea] United States. <<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>> [consulta: 04 julio 2011]
64. HUMAN RIGHTS WATCH. "Tengo derechos y tengo derecho a saber. La falta de acceso al aborto terapéutico en el Perú". [en línea]. Nueva York, Estados

Unidos. <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/peru0708spweb_0.pdf>. [cConsulta: 25-10-2011].

65. IBAÑEZ, JOSÉ MIGUEL; GORMAZ, GUSTAVO; LAVÍN, PABLO. “Precisiones sobre el aborto”. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología. Volumen 60 (5). 1995.
66. IPAS BRASIL. “Magnitude do aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa”. [en línea] <http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf>. [consulta: 21 de octubre de 2011].
67. ISLER SOTO, CARLOS. “En torno a la personalidad del embrión”, Revista de derecho (Universidad Austral de Chile). Volumen 11. 2000.
68. LAZARUS, EDWARD. “The Lingering problem with *Roe v. Wade* and why the recent Senate hearings on Michael McConnel`s nomination only underlined them” [en línea] 3 de octubre de 2002 <<http://writ.news.findlaw.com/lazarus/20021003.html>> [consulta: 17 de junio de 2012].
69. LEMUS, CARMEN. “Salvadoreñas salen a las calles a exigirle a Funes despenalización del aborto”. [en línea] Diario El Mundo. 28 de septiembre de 2011. <<http://www.elmundo.com.sv/ultima-hora/17831-salvadorenas-salen-a-las-calles-a-exigirle-a-funes-despenalizacion-del-aborto.html>> [consulta: 11 de octubre de 2011].
70. LEWIS, JONE. “A Brief History of the Abortion Controversy in the United States”. [en línea] <<http://womenshistory.about.com/od/abortionuslegal/a/abortion.htm>>
71. LUGOSI, CHARLES. “When Abortion Was A Crime: A Historical Perspective”. University of Detroit Mercy Law Review. Vol. 83 (51). 2006.
72. MANEGOLD S., CATHERINE. “Anti-abortion killings: the movement; anti-abortion groups continue radical talks” [en línea] New York Times en Internet, 1 de enero de 1995 <<http://www.nytimes.com/1995/01/01/us/anti-abortion-killings->

the-movement-anti-abortion-groups-continue-radical-talk.html?pagewanted=all&src=pm> [consulta: 17 de junio de 2012].

73. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. "El Anteproyecto de Código Penal para la Nación de 2005. Origen, desarrollo y perspectivas". [en línea] <http://dl.dropbox.com/u/39705739/varia/Anteproyecto2005/2010MJCH_MJD428.pdf> [consulta: 05 enero de 2011].
74. MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD ESPAÑOL. Datos Estadísticos de Salud Pública. <<http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>>. [consulta: 02 de junio 2011].
75. NAPIKOSKI, LINDA. "Norma McCorvey, The Woman Who Was Jane Roe". [en línea] <http://womenshistory.about.com/od/abortionus/a/norma_mccorvey.htm>.
76. OBSERVATORIO ARGENTINO DE BIOÉTICA. "Aborto por motivos terapéuticos: artículo 86 inciso 1 del Código Penal Argentino" [en línea] Buenos Aires, Argentina. Flacso, Argentina <<http://bioetica.flacso.org.ar/img/pdf/Aborto-por-motivos-terapeuticos.pdf>> [consulta: 1 de junio de 2012].
77. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud". [en línea]. Ginebra, Suiza. <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf>. [consulta: 26 de octubre de 2011].
78. PEÑA, SILVIA. "Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno". Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. VII. 1982.
79. PERIÓDICO THE CLINIC. "La vía chilena hacia el aborto". Santiago, Chile. 02 de octubre de 2011.
80. PRECHT PIZARRO, JORGE E. "Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico". Revista Chilena de Derecho. Volumen 19 (3). 1992.
81. PUJÓ, SOLEDAD; DERDOY, MALENA. "Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en Argentina". [en línea]. Anuario de Derechos

- Humanos 2007. <http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-SeccionInternacional/anuario03_sec_internacionalVI_PujoyDerdoy.pdf>. [consulta: 19 octubre 2011].
82. QUERALT, JOAN. "La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010". Revista La Ley Penal. (81) N° 11, Abril 2011.
83. REVISTA PAULA. "Aborto: los testimonios" (extracto) [en línea]. <http://www.paula.cl/blog/dossier/2011/02/05/aborto-los-testimonios/> [consulta: 24 de mayo de 2011].
84. SAHUQUILLO, MARÍA. "Ni un aborto más en Murcia" [en línea] Diario El País en Internet. 7 de Julio, 2010. <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/aborto/Murcia/elpepusoc/20100707elpepusoc_2/Tes> [consulta: 10 junio 2011].
85. SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. "Anteproyecto de Código Penal de 2005. Elaborado por la Comisión Foro Penal". [en línea] Política Criminal. Julio de 2006. Volumen 1, número 1, D1. <http://www.politicacriminal.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=25> [consulta: 10 de enero de 2012].
86. SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. "Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial". [en línea] Política Criminal. Julio 2006. Volumen 1, número 1, D3. <http://www.politicacriminal.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=25> [consulta: 10 de enero de 2012].
87. SENTENCIA DE CASACIÓN EN EL FONDO PRONUNCIADA POR LA CORTE SUPREMA EL 19 DE OCTUBRE DE 1955. "Contra Teresa Riberos B. y otra". Revista de Derecho y Jurisprudencia. LII, Sección Cuarta. 1955.
88. SENTENCIA DE CASACIÓN EN LA FORMA Y FONDO PRONUNCIADA POR LA CORTE SUPREMA EL 09 DE ABRIL DE 1963 "Pastén Vilches, Teresa". Revista de Derecho y Jurisprudencia. LX, Sección Cuarta. 1963.

89. SERRIN M. FOSTER. "The feminist case against abortion". [en línea] <<http://www.feministsforlife.org/news/commonw.htm>> [consulta: 30 noviembre 2011].
90. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Número 09-01. 2007.
91. SOBREQUES I GALLICO, JAUME. "Cataluña tuvo durante la República la ley del aborto más progresista de Europa". [en línea]. Diario El País en Internet. 13 de febrero de 1983. <http://www.elpais.com/articulo/espana/CATALUNA/ESPANA/CATALUNA/PARLAMENTO_HASTA_1999/SEGUNDA_REPUBLICA_ESPANOLA/Cataluna/tuvo/durante/Republica/ley/aborto/progresista/Europa/elpepiesp/19830213elpepinac_15/Tes>. [Consulta: 23 de noviembre de 2011].
92. SOTO KLOSS, EDUARDO. "El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución". Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVIII (3). Sección 1ª. 1991.
93. VALENZUELA, CARLOS. "Aborto: Aborto Terapéutico y Ética Científica". [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl/archivos>> [consulta: 18 de abril 2011].
94. VELÁZQUEZ CAROLINA. El Salvador: Aborto prohibido, muerte o cárcel seguras. [en línea] AmecoPress. 3 de mayo de 2011. <<http://www.amecopress.net/spip.php?article6761>> [consulta: 11 de octubre de 2011].
95. WEAVER, WARREN Jr. "National Guidelines Set by 7-to-2 Vote; High Court Backs Abortions in First Three Months". [en línea] The New York Times en Internet. 23 de enero, 1973. <<http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F1071FFD3E551A7493C1AB178AD85F478785F9&scp=7&sq=Rehnquist+Jan+22&st=p>> [consulta: 20 junio 2011]
96. WEBER, DEMETRIO. "Brasil tem um milhao de abortos clandestinos por ano". [en línea]. Diario O Globo, Agencia Brasil. 30 de mayo de 2007.

<<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/05/30/295957896.asp>>. [consulta: 21 de octubre de 2011].

97. WEST, ROBIN. "From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights". [en línea]. The Yale Law Journal. November 2009. 118 Yale L.J. 1394 (2009). <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/23>> p. 1403. [consulta: 13 de diciembre de 2011].
98. ZEGERS-HOCHSCHILD, FERNANDO. "Algunas reflexiones éticas en el uso de la tecnología reproductiva moderna para el tratamiento de la infertilidad. Revista Médica de Clínica Las Condes. Vol. 21 (3). 2010.