



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY QUE SE HAN
PRESENTADO AL CONGRESO EN CHILE EN LOS ÚLTIMOS
QUINCE AÑOS REFERIDOS A LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO
INDUCIDO

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

MARÍA SOLEDAD GRANADOS ZAMBRANO.
MARCELA ALEJANDRA ROMÁN RODRÍGUEZ.
Profesora guía: Verónica Undurraga Valdés.

Santiago, Chile

2006

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer a todas y a todos los que con su interés, apoyo, experiencia y cariño han permitido que este trabajo llegue a su fin. En primer lugar a nuestra profesora guía, Verónica Undurraga Valdéz, por su excelente guía, sus valiosos comentarios y porque nos demostró que siempre se puede dar más y lograr mucho. A las diputadas Adriana Muñoz y Marcela Cubillos por acceder a responder nuestras preguntas y darse el espacio de discutir nuestras inquietudes. A América Sepúlveda, por su amabilidad y por darnos el apoyo bibliográfico fundamental para realizar nuestra investigación. A Juan Valdés por sus libros y su generosidad. Finalmente a Paulina Granados y Eduardo Román por el apoyo técnico, sin ellos nada de esto sería posible.

Por último, no podemos dejar de mencionar a las mujeres chilenas que se han visto afectadas de alguna manera por el problema del aborto. Es por ellas, por su sufrimiento, por la necesidad de considerarlas, por la urgencia de dar una solución a su realidad, que comenzamos y hoy finalizamos ésta investigación.

ABREVIATURAS
MAS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS EN ESTA MEMORIA

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código de Procedimiento Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Código Sanitario
ed.	edición
Ed.	Editorial
et al	y otros
Ibidem	en la misma obra y en la misma página
Idem	lo mismo
Nº	Número
op.cit.	obra citada
p	número total de páginas en bibliografía
pág.	página
págs.	páginas
ss	siguientes
v	volumen

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. DESCRIPCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY REFERIDOS.....	15
A LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO INDUCIDO.	15
DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA	15
A) PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ART. 119 DEL CÓDIGO SANITARIO EN LO RELATIVO AL ABORTO TERAPÉUTICO (1991).....	17
B) PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN LO RELATIVO AL DELITO DE ABORTO (1994).	22
C) PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE ABORTO (1994).....	27
D) PROYECTO DE LEY QUE AUMENTA LA PENALIDAD DEL DELITO DE ABORTO (1994).	32
E) PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EN EL CÓDIGO PENAL EL DELITO DE ABORTO (2002).	78
F) PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ART. 119 DEL CÓDIGO SANITARIO EN LO RELATIVO AL ABORTO TERAPÉUTICO (2003).....	83
III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PROYECTOS.....	88
III.1.- RESEÑA PREVIA:	88
III.2.- ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY QUE PROPONEN LA REPOSICIÓN DE LA FIGURA DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL CÓDIGO SANITARIO.	88
III.2.1.- Algunas definiciones de aborto.	91
III.2.2.- ¿Qué es el aborto terapéutico? Referencias generales	96
III.2.3.- Aborto Terapéutico. Enfermedades que le dan origen.	101
III.2.4.- Evolución de la norma del Código Sanitario referida al aborto terapéutico.	109
III.2.5.- Análisis doctrinario. Perspectiva jurídica del aborto terapéutico.	113
a) Análisis Constitucional.	113
b) Análisis de las normas que regulan el aborto terapéutico.	120
III.3.- ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY QUE PROPONEN AUMENTAR LA PENALIDAD AL DELITO DE ABORTO Y OTRAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL.	136
III.3.1.- El Aborto en el Código Penal	137
a) Título en que se encuentra regulado el aborto.....	137
b) Concepto Jurídico de Aborto, Bien Jurídico Tutelado y Sujeto Pasivo.	138
c) Principales puntos de discusión y desarrollo jurídico en lo relativo al sujeto pasivo del delito de aborto.....	140
d) Estructura típica objetiva del delito de aborto.	149
e) Figuras de Aborto	150
III.3.2.- ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS.	155
1.- Punto común a los cuatro proyectos: El bien jurídico protegido por el delito de aborto es la vida del feto. El feto es persona desde la concepción.....	156
2.- Análisis de cada medida propuesta.....	168
a) Aumento de las penas privativas de libertad.....	168
b) Establecimiento de la figura del arrepentimiento eficaz.	174
c) Establecimiento de penas pecuniarias.....	182
d) Traslado del aborto al párrafo del Código Penal que contiene los delitos contra las personas.	183

e) Eliminación de la figura del aborto honoris causa	184
f) Otorga mayores facultades a las fuerzas de orden y seguridad pública.	185
g) Corrige errores de texto en las normas actuales para facilitar la sanción.....	186
h) Establece a juicio del juez la conmutación de la pena en beneficio de la mujer.	186
IV. CONCLUSIONES	189
V. ANEXOS.....	199
V.1.- Proyectos de ley.....	199
A) Muñoz-1991	199
B) Espina-1994.....	202
C) Paya-1994.....	205
D) Larraín-1994.....	210
E) Cubillos-2002.....	213
F) Muñoz-2003	218
V.2.- Análisis de proyectos en relación con los Derechos Sexuales y Reproductivos.....	221
VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.	227

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es efectuar un análisis jurídico de los proyectos de ley que buscan regular el aborto inducido y que han sido presentados en el Congreso Nacional en los últimos quince años. Se analizan seis proyectos que dicen relación directa con el tema, cuatro de ellos buscando, en términos generales, el aumento de la penalidad del delito de aborto; y dos de ellos que buscan la reposición de la figura del aborto terapéutico en el Código Sanitario. Respecto de cada proyecto se efectúa un análisis de las normas propuestas, detectando en qué argumentos se basan para proponerlas.

La estructura del trabajo consta de dos partes principales. Primero, presentamos un análisis objetivo de cada proyecto en base a criterios jurídicos, tendiente a simplificar su comprensión y hacerlos comparables entre sí. En la segunda parte, correspondiente al capítulo III, los proyectos se ordenan en dos tendencias, en primer lugar, aquellos que tienen por objeto reponer la figura del aborto terapéutico y, en segundo lugar, los que proponen aumentar la penalidad del delito de aborto entre otras reformas. Respecto de cada uno de estos temas, se tratan aspectos específicos, a fin de reconocer el contexto, la evolución, la situación actual y los fundamentos de las medidas propuestas. Indagamos en los criterios que han imperado en las proposiciones de los patrocinantes de los proyectos, y en las posibles consecuencias que se derivarían de aplicarlas.

Finalizamos nuestro análisis desarrollando a modo de conclusión, las consideraciones que nos parecieron más relevantes respecto del problema del aborto y de los métodos de solución propuestos a nivel legislativo para enfrentarlo. Desarrollamos aspectos tales como el análisis jurídico del mandato constitucional que consagra el derecho a la vida en relación con el aborto; el estatus jurídico del feto; la situación actual de la mujer chilena y su consideración en las iniciativas; la eficacia de reponer en nuestro derecho la figura del aborto terapéutico y la efectividad del aumento de la penalidad como solución al problema. En definitiva se observa que los proyectos analizados no enfrentan de manera integral el problema del aborto inducido y que el debate parlamentario sobre este tema ha sido escaso.

I. INTRODUCCIÓN

En materia de aborto, desde la vuelta a la democracia, se han presentado a discusión al Congreso Nacional varios proyectos de ley. Muchas de esas iniciativas sólo se refieren al tema de una manera tangencial, como parte de una regulación mayor que en algunos aspectos tiene que ver con el aborto. De otro lado, se han presentado seis proyectos que dicen relación directa con el tema, cuatro de ellos buscando, en términos generales, el aumento de la penalidad del delito de aborto; y dos de ellos que buscan la reposición de la figura del aborto terapéutico en el Código Sanitario. Los proyectos que proponen el aumento de la penalidad del delito de aborto, entre otras cosas, son patrocinados por parlamentarios de la oposición, reunidos en la “Alianza por Chile”. Tres de ellos fueron presentados conjuntamente en agosto de 1994 y el último en junio del año 2002. Sólo uno de estos proyectos llegó a ser objeto de discusión legislativa pero fue finalmente rechazado. Entre los proyectos que proponen modificar el Código Sanitario, el primero fue presentado en 1991 y patrocinado por parlamentarios de la concertación de partidos políticos que actualmente gobierna el país. El 2003 se repuso este proyecto por la misma coalición, aunque con la participación de parlamentarios de la oposición e independientes. Ninguno de estos proyectos ha sido objeto de discusión parlamentaria. Todas las iniciativas presentadas, coinciden temporalmente, con la difusión que se dio en los medios de comunicación social de situaciones relacionadas con el aborto, como por ejemplo, casos de mujeres embarazadas de un feto inviable, el descubrimiento de clínicas abortivas clandestinas o la participación de Chile en alguna instancia internacional en la que debiera pronunciarse sobre el tema.

El objetivo de este trabajo es efectuar un análisis jurídico de los proyectos ley que buscan regular el aborto y que han sido presentados en el Congreso en los últimos quince años. Analizaremos los seis proyectos mencionados por las siguientes razones: son los únicos que se refieren cabal y únicamente al problema del aborto; contienen un pronunciamiento subjetivo de los parlamentarios patrocinantes referido directamente al tema; tratan diversos aspectos del mismo; proponen un tratamiento legal; y buscan en definitiva una solución, en algunos casos directa y en otros no tanto, a la situación que existe hoy en nuestro país. Nos proponemos, respecto de cada proyecto, analizar sus fundamentos, las normas propuestas, y determinar en qué argumentos se basan para establecerlas. Indagaremos en los criterios que han imperado en las

proposiciones, para así determinar cómo se propone resolver el problema del aborto a nivel legislativo.

La estructura del trabajo consta de dos partes principales. Primero se llevará a cabo un análisis objetivo de cada proyecto, en base a criterios jurídicos, tendiente a simplificar su comprensión y hacerlos comparables entre sí. En la segunda parte, correspondiente al capítulo III, agruparemos los proyectos en dos tendencias, en primer lugar, aquellos que tienen por objeto reponer la figura del aborto terapéutico y en segundo lugar los que proponen aumentar la penalidad del aborto entre otras reformas. Respecto de los proyectos que proponen reponer la figura del aborto terapéutico analizaremos su concepto, las enfermedades que le dan origen y una perspectiva bioética; el contexto de la presentación del proyecto y la evolución de las normas que han regido el aborto terapéutico. Finalizaremos con un análisis doctrinario acerca de las normas que lo han regulado y la situación que se produciría con la reposición legal de dicha figura. Respecto de los proyectos que proponen aumentar la penalidad del aborto entre otras reformas, inicialmente efectuaremos un análisis jurídico de las normas que regulan el delito de aborto en el Código Penal a fin de tener una mejor comprensión del problema. Luego, desarrollaremos un estudio de las modificaciones propuestas y de los fundamentos de ellas, para contrastarlas con otros puntos de vista acerca de la misma situación. Finalizaremos nuestro análisis desarrollando a modo de conclusión, las consideraciones que nos parecieron más relevantes respecto del problema del aborto y de los métodos de solución propuestos a nivel legislativo para enfrentarlo.

En el siguiente esquema, aparecen los seis proyectos relacionados con el cambio de penalidad del aborto y que han sido presentados a discusión en el Congreso en los últimos quince años¹.

Nº de Boletín	Materia	Estado
1.- 499-07	Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico.	Archivado.
2.- 1297-18	Proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en lo relativo al delito de aborto.	Archivado.
3.- 1298-18	Proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de aborto.	Archivado.
4.- 1302-07	Proyecto de ley que modifica el Código de Penal, aumentando la penalidad del delito de aborto.	Rechazado.
5- 2978-07	Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal en el delito de aborto.	En trámite.
6.-3197-11	Proyecto de Ley que Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico.	En trámite.

Otros proyectos, que no se circunscriben al tratamiento penal del aborto, pero que de alguna manera lo abordan, no serán desarrollados en el cuerpo de esta investigación. En la siguiente tabla aparecen los más relevantes².

Nº de Boletín	Materia	Estado
1.- 2608-11	Establece Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos.	En trámite.
2.- 3449-11	Introduce un nuevo tipo delictivo en el Código Penal, relacionado con los diagnósticos prenatales.	En trámite.
3.- 3608-04	Autoriza erigir tres monumentos en memoria de las víctimas del Aborto.	En trámite.
4.- 3702-07	Reforma la Constitución Política de la República con el objeto de establecer una nueva garantía constitucional en materia de derechos sexuales reproductivos.	En trámite.

¹⁻² Obtenidos de la página Web <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>, que contiene el “Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional (SIL)” el cual proporciona información respecto de los proyectos de ley y de los proyectos de acuerdo que aprueban tratados internacionales, y facilita la participación ciudadana durante el proceso de formación de la ley. La página mencionada reseña 20 proyectos al buscar por palabra clave: aborto. De ellos hemos decidido mencionar solamente los relevantes para esta investigación.

A continuación, nos referiremos a estos proyectos ya que consideramos que conocerlos tiene trascendencia pues reflejan en alguna medida el contexto legislativo en que se desenvuelve el tratamiento de este tema.

- Boletín 2608-11, proyecto ingresado con fecha jueves 19 de octubre de 2000, que actualmente se encuentra en la etapa de Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Salud. Moción de las diputadas señoras María Antonieta Saa, Fanny Pollarolo, Isabel Allende, Rosa González y Marina Prochelle y de los diputados señores Jaime Barrueto, Osvaldo Palma, Jarpa, Mulet y Ascencio. **Este proyecto de ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos, tiene por objeto establecer las normas jurídicas básicas de rango legal destinadas a respetar, asegurar los derechos sexuales y reproductivos de las personas.** Busca suplir la debilidad e insuficiencia de las políticas públicas en materia de derechos sexuales y reproductivos y combatir las desigualdades en el acceso a la información de estos derechos.

Esta iniciativa es el primer intento de legislar en esta materia y obedece a la necesidad de plasmar en la legislación interna, el contenido de los tratados internacionales vigentes en Chile que reconocen estos derechos³. El mismo año en que se presentó el proyecto se discutió la postura que sostendría Chile en la Conferencia Mujer 2000 (Beijing+ 5) en relación al aborto⁴.

En el momento en que fue presentado, sectores de la sociedad civil como la Iglesia Católica y la juventud de la UDI (JUDI)⁵, manifestaron su rechazo basado en que la aprobación de esta iniciativa significaría legalizar un aborto encubierto.

Sin embargo, el proyecto no se refiere directamente al aborto en ninguna de sus partes, salvo en sus fundamentos y en cuanto a prevenirlo. De acuerdo a opiniones de quienes

³ El Art. 16.1 letra e), de la Convención para la Eliminación todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) adoptada por Chile en 1989, establece: “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información a la educación y a los medios que les permitan ejercer estos derechos.”

⁴ “La ministra del Sernam, Adriana del Piano, fue enfática al sostener que Chile no apoyará (...) aquellas mociones que despenalicen el aborto” en “En Beijing +5: Chile no apoyará despenalización del aborto”, La Segunda, Santiago, 25 de mayo de 2000, pág. 33.

⁵ “Iglesia rechaza proyecto sobre derechos sexuales”, El Mercurio, Santiago, 27 de septiembre de 2000, pág. C5; “Críticas UDI a proyecto de derechos sexuales”, El Mercurio, Santiago, 10 de octubre de 2000, pág. C4.

participaron en la confección del proyecto, éste serviría como un instrumento jurídico que ayude a solucionar problemas sociales como el embarazo no deseado, la discriminación, la violencia sexual, la carencia de servicios de consejería para la población en el ámbito de salud sexual y reproductiva y la prevención del VIH/SIDA, entre otros. Además se dirigiría al Estado, con el fin de que se generen políticas públicas para mejorar los servicios de salud y que se contribuya al desarrollo de una educación sexual integral⁶.

Actualmente el proyecto se encuentra en la Comisión de Salud de la Cámara y no ha sido objeto de discusión alguna. Dada la importancia de esta materia es que incluimos un análisis pormenorizado de los contenidos del proyecto en los anexos de este trabajo.

- Boletín N° 3449-11, ingresado con fecha 14 de enero de 2004, actualmente se encuentra en Primer Trámite Constitucional en la Cámara, radicado en la Comisión de Salud. **Tiene por objeto introducir un nuevo tipo delictivo en el Código Penal relacionado con los diagnósticos prenatales.** Los patrocinantes de este proyecto son Patricio Walker Prieto (DC) y Nicolás Monckeberg Díaz (RN).

El proyecto propone agregar el siguiente artículo al Código Penal:

“Artículo 345-A: Toda persona que promocióne, use o indique el diagnóstico prenatal para ser utilizado directamente como antecedente para la realización de un aborto, o para fundamentar prácticas eugenésicas dirigidas a la selección de genes, sexo o caracteres físicos de los seres humanos, hayan sido consentidos o no, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo.

Para estos efectos se entiende por diagnóstico prenatal aquellas prácticas médicas que tengan por finalidad detectar in útero, en el embrión o feto una enfermedad especialmente grave.”

Los diagnósticos prenatales son definidos en medicina como aquellos exámenes de las células fetales, líquido amniótico o membranas amnióticas para detectar anomalías en el feto⁷. Obtener información sobre el estado del feto puede ayudar a los padres a tomar decisiones acerca de la salud de su futuro hijo. Ciertos problemas pueden tratarse antes del nacimiento,

⁶ Casas, Lidia, Dides, Claudia y Magaña, Álvaro “Derechos sexuales y reproductivos”. En El Mercurio, Santiago, Sección Cartas, 1° de octubre de 2000, pág. A2.

⁷ Enciclopedia Médica, MedlinePlus, un servicio de Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. y los Institutos Nacionales de Salud, [en línea], disponible en web <http://medlineplus.gov/spanish/>.

mientras que otros pueden necesitar tratamiento especial inmediatamente después del mismo. En derecho comparado, en algunos casos, los padres pueden decidir no continuar el embarazo⁸.

Lo que se busca evitar a través de la regulación de los diagnósticos prenatales, es el mal uso de estos exámenes por algunos centros médicos y algunos padres, “quienes convierten estas técnicas terapéuticas en instrumentos incitadores al aborto y discriminatorios contra los fetos enfermos”⁹. Esta postura se condice con lo señalado por Juan Pablo II, en la encíclica *Evangelium Vitae*¹⁰.

Considerando que esta iniciativa pretende sancionar penalmente la realización de un examen, para ser utilizado como antecedente a un aborto, sería interesante contraponer este proyecto a la práctica médica diaria, y determinar la factibilidad de sancionar penalmente algo que no es una acción dolosa, sino la mera realización de un examen. A su vez, es claro que el proyecto tiende a prevenir la realización de abortos eugenésicos, con lo que sería necesario revisar la incidencia del motivo eugenésico como factor determinante en la transformación de un embarazo en embarazo no deseado, que es la causa directa de un aborto. Esto muestra la baja efectividad que pueda tener esta medida como forma de terminar con los abortos clandestinos. Mas aún, la complicidad de quien se realiza un aborto con quien lo lleva a cabo, hará difícil detectar en la práctica si la causa que lleve a esta intervención será un diagnóstico médico. Como conclusión, creemos que la medida que plantea este proyecto, en el sentido de medio para evitar la realización de abortos es ineficaz. Lo que se lograría por medio de esta medida es dificultar aun más la actividad médica, en el sentido de entorpecer la realización de las prácticas que correspondan en la intervención médica de mujeres embarazadas, donde los exámenes cumplen su misión como medida eficaz para evitar muertes maternas y enfermedades del feto corregibles o prevenibles durante el embarazo.

- Boletín N° 3608-04, ingresado con fecha 14 de julio de 2004, actualmente en Primer Trámite Constitucional, radicado en la Comisión de Educación, Cultura, Deportes y

⁸ Ídem nota anterior.

⁹ “Advierten peligros de diagnósticos prenatales”, [en línea], portal Chile.com, disponible en web http://www.chile.com/tpl/articulo/detalle/masnotas.tpl?cod_articulo=30629.

¹⁰ “Los diagnósticos prenatales, que no presentan dificultades morales si se realizan para determinar eventuales cuidados necesarios para el niño aún no nacido, con mucha frecuencia son ocasión para proponer o practicar el aborto. Es el aborto eugenésico (...) (que) procede de una mentalidad (...) que acoge la vida sólo en determinadas condiciones, rechazando la limitación, la minusvalidez, la enfermedad”. Juan Pablo II, Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, Roma, 25 de marzo de 1995, N° 14, pág. 25-26.

Recreación de la Cámara. Patrocinado por 9 diputados de la Unión Demócrata Independiente y un Independiente de Derecha. **Este proyecto autoriza erigir tres monumentos en memoria de las víctimas del Aborto.**

El proyecto en sí, propone establecer monumentos en las comunas de Santiago, de Valparaíso y de Concepción. Las obras se financiarán mediante erogaciones populares, obtenidas a través de colectas públicas, donaciones y otros aportes privados, para lo cual se constituirá un fondo. Propone además la creación de una Comisión que administre este fondo y que determine todo lo relacionado con dichos monumentos.

El proyecto fue presentado en medio de la discusión generada por la decisión del Ministerio de Salud de distribuir la denominada píldora del día después en ciertas hipótesis reguladas¹¹. El centro de la discusión, aún vigente, es determinar si tiene efectos abortivos. Así, con la presentación de este proyecto, lo que se busca es instalar en forma pública y permanente una condena al aborto por vía indirecta, aprovechando la controversia existente y reafirmando su posición. El proyecto no pretende iniciar un debate público sobre el tema, sino dar por cierto que el aborto es un atentado contra la vida humana y que como tal debe ser repudiado por toda la sociedad.

Entre sus fundamentos, señala que el aborto es un atentado contra la vida humana y que es deber del Estado proteger los derechos fundamentales. En este sentido, además de proteger la vida del que está por nacer, es igualmente importante testimoniar de manera pública y permanente que Chile es un país que está por la vida y en contra de los atentados de diversa índole que puedan producirse en contra de ésta.

Agrega que estas ideas representan fielmente la opinión de la mayoría de los chilenos, de la mayoría de las personas en el mundo entero y que ha llegado el momento de consagrar en monumentos públicos “el sentimiento de horror que provoca el hecho de que el aborto ha interrumpido la vida de millones de niños y niñas, antes de que ellos pudieran nacer”¹².

¹¹ “Oposición pedirá revisar constitucionalidad de la ‘píldora del día después’”, [en línea], El mostrador, 5 de mayo de 2004, disponible en web: http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_impresion.asp?id_noticia=.

¹² Boletín 3608-04, disponible en web <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

- Boletín N° 3702-07, ingresado con fecha 7 de octubre de 2004, actualmente en Primer Trámite Constitucional, radicado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara. Patrocinado por Enrique Accorsi Opazo, Guido Girardi Lavín, Jaime Quintana Leal, todos del Partido por la Democracia. **Este proyecto busca reformar la Constitución Política de la República con el objeto de establecer una nueva garantía constitucional en materia de derechos sexuales reproductivos.**

Artículo Único: Introdúcese la siguiente modificación a la Constitución Política de la República. Agrégase a continuación del numeral 1 del artículo 19 un numeral 2 nuevo bajo el siguiente tenor, pasando el actual numeral 2 a ser número 3, correlacionando en consecuencia los restantes numerales de igual artículo "2. ° el derecho a la libertad sexual y reproductiva. Este derecho corresponde especialmente a la mujer y comprende la libertad y autodeterminación para elegir los métodos científicamente mas apropiados para la prevención y planificación del embarazo. Al Estado le corresponde garantizar, promover, informar y orientar acerca del ejercicio de este derecho."

Esta iniciativa surge, al igual que el proyecto analizado en el apartado anterior, producto del debate público generado por la denominada "píldora del día después", la que fue resistida por ciertos sectores conservadores de la sociedad chilena, quienes recurrieron a la justicia para impedir su venta y uso¹³. Para los patrocinantes "esta situación plantea una cuestión jurídica constitucional de fondo (...), la existencia y vigencia de los derechos de la mujer para decidir autónomamente acerca de sus derechos reproductivos y sexuales"¹⁴. Los parlamentarios añaden críticamente frente a la judicialización del tema de la píldora, que "conforme a la decisión judicial, sería el Estado por medio del Poder Judicial quien decidiría sobre los mecanismos de prevención del embarazo y más genéricamente sobre los derechos sexuales de la mujer"¹⁵.

En el fondo, lo que este proyecto pretende es que la garantía constitucional reconozca que corresponde a las personas su autodeterminación sexual y reproductiva, y no al Estado. El proyecto se encuentra estancado en la Comisión de Salud de la Cámara desde octubre de 2004.

¹³ "Encargan a influyente estudio de abogados la defensa de la píldora del día después", La Segunda, Santiago, 12 de julio de 2004, pág. 12.

¹⁴ Boletín 3702-07, disponible en web <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

¹⁵ Idem nota anterior.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY REFERIDOS A LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO INDUCIDO.

Descripción Metodológica

A continuación realizaremos un análisis descriptivo de cada uno de los proyectos de acuerdo a la siguiente estructura.

1.- Presentación del Proyecto: aquí se entregan los datos del proyecto de acuerdo al siguiente esquema:

Fecha	Origen
Iniciativa	Estado
Comisión	
Materia	
Diputados Patrocinantes	

2.- Contenido del Proyecto: en este apartado se indican los fines del proyecto de manera general. A continuación se agrega un cuadro comparativo entre la normativa actual, la modificación particular propuesta por el proyecto y el posible resultado normativo que se obtendría de acogerse el proyecto, de la siguiente forma:

Norma Actual	Modificación	Norma Modificada
---------------------	---------------------	-------------------------

3.- Fundamentos del Proyecto: en esta sección analizamos los argumentos esgrimidos por los parlamentarios en sus presentaciones para fundamentar su posición. Para un mejor estudio y análisis de los proyectos desde una perspectiva jurídica, hemos dividido los fundamentos de la siguiente manera:

3.1.- Fundamentos Jurídicos. Exponemos los argumentos utilizando la jerarquía tradicional de las normas, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico. Esto en consideración a la importancia del contenido amparado por cada una de estas categorías, que también viene dado como punto

central del trabajo por el objeto de nuestro estudio. El aborto pone en conflicto bienes jurídicos de superior trascendencia y protección en todos los ordenamientos jurídicos vigentes. Es por esto que hacemos una clasificación de ellos de acuerdo al siguiente orden:

3.1.1.-Constitucionales: incluye los argumentos que digan relación con las garantías constitucionales que se invoquen; cuando se hable de constitucionalidad o inconstitucionalidad de cualquier precepto legal; cuando se haga una referencia directa o indirecta a derechos consagrados en la CPR; cuando se mencionen los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos en atención al artículo 5° inciso 2° de la CPR¹⁶.

3.1.2.- Derecho Internacional: incluye toda mención a convenciones o tratados internacionales. Incluiremos aquí los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos (que ya incluimos entre los fundamentos constitucionales) para efectos de destacar su utilización o no como fundamento.

3.1.3.- Legales: incluye todas las menciones a la ley vigente, ya sea en forma específica cada una de ellas o el Código que corresponda según la modificación propuesta (principalmente Código Penal y Sanitario). Además incluye las menciones a la interpretación, lagunas y efectos de la ley.

3.1.4.- Doctrina: incluye las opiniones de juristas y las menciones a teorías del derecho que se invoquen en los proyectos.

3.1.5.- Jurisprudenciales: comprende los fallos y resoluciones que se presenten como argumentos de los proyectos.

3.1.6.- Derecho Comparado: incluye las referencias a legislaciones extranjeras en relación al aborto.

3.2.- Fundamentos Extrajurídicos: En esta parte se agrupan las distintas consideraciones de índole social, estadística, médica, moral, económica, etc. que se aduzcan como argumento para justificar las propuestas.

4.- Reseña de la Discusión: Este apartado existe en un solo proyecto de los seis analizados, al ser el único, hasta hoy, debatido en el Congreso Nacional. Incluye una breve relación de la discusión con énfasis en los argumentos que nos parecieron más relevantes.

¹⁶ En este sentido ver: Cea, José Luis, “Curso de Derecho Constitucional”, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1999, tomo I; y Nogueira, Humberto; Pfeffer, Emilio y Verdugo, Mario, “Derecho Constitucional”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, tomo I.

3.- Fundamentos del Proyecto

3.1.- Fundamentos jurídicos:

3.1.1.- Constitucionales:

En el considerando N° 9 de la presentación, se señala que esta modificación es coherente con la protección a la vida que existe en nuestro ordenamiento jurídico, garantizada por la CPR en el Art. 19 N° 1, ya que en ella y en el CP se admiten salvedades y excepciones, como es el caso de la pena de muerte que se establece a continuación de la consagración de la vida en el mismo artículo 19 N° 1¹⁷.

En el considerando N° 11 se indica que con esta norma se busca el cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 19 N° 1, que consagra el derecho a la vida, mediante la posibilidad de evitar una situación de serio peligro para la vida de la madre. Viene a ser una garantía centrada en el bien jurídico vida, pero enfocado en la madre. Se avala la realización del aborto para salvaguardar la vida de la madre.

En el considerando N° 12, se dice que durante el período de vigencia de la norma que se busca reponer, nunca hubo objeciones de constitucionalidad, ni durante la vigencia de la Constitución de 1925, ni durante los primeros 8 años de aplicación del actual texto constitucional.

3.1.2. – Derecho Internacional:

No se hace alusión en el proyecto al derecho internacional.

3.1.3.- Legales:

En los considerandos N° 9 y N° 13 se hace mención a la ley penal, por un lado y a la historia de la ley en el caso de la reforma que se hizo en 1989 al CS.

Se señala que no existe historia fidedigna de la ley N° 18.826, que derogó el aborto terapéutico el año 1989, que permita conocer los argumentos y consideraciones del legislador que llevaron a la imposición de esta norma.

¹⁷

La pena de muerte fue abolida en nuestro país por la ley N° 19.804, publicada en el Diario Oficial de 24 de mayo de 2002, por lo que al tiempo de presentación del proyecto estaba aún vigente.

Por otro lado en cuanto a la ley penal, se dice que pese a sancionar ciertos hechos atentatorios contra la vida, admite excepciones y a modo de ejemplo menciona que el CP consagra la legítima defensa e incluso privilegia, en más de una ocasión, la propiedad sobre la vida.

3.1.4. – Doctrinarios:

En el considerando N° 10 se señala que la doctrina penal y el propio CP, reconocen los “estados de necesidad justificantes”, es decir, circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor.

3.1.5 – Jurisprudenciales:

No se mencionan en el proyecto fundamentos basados en sentencias.

3.1.6 – Derecho Comparado:

En primer lugar se señala el carácter extremadamente excepcional de la norma prohibitiva y de la regulación en general de este tema en la legislación chilena, lo que ubica a Chile entre los 17 países del mundo donde no es legal la interrupción del embarazo, ni siquiera para salvar la vida materna. En todos los países desarrollados, incluso aquellos católicos, se permite el aborto terapéutico en sentido amplio, siendo este legal y regulado. Los únicos países en Latinoamérica en los cuales cualquier forma de interrupción del embarazo es ilegal, son Chile, República Dominicana y Haití.¹⁸

En el proyecto se señala que en derecho comparado, así como en la doctrina penal y el CP, se reconocen los “estados de necesidad justificantes”¹⁹, entendidos como “(...) circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor.”

¹⁸ Actualmente en República Dominicana se permite el aborto por razones de necesidad. Por lo tanto, hoy sólo dos países quedan con este nivel de restricción en su legislación. En Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, “Derechos Reproductivos 2000: Hacia adelante” [en línea], Nueva York, EE.UU., 2001, disponible en web: http://www.crlp.org/esp_pub_bo_rr2k.html.

¹⁹ Los estados de necesidad justificantes y la discusión al respecto, son explicados en la parte crítica de este trabajo, ver infra III.2.5.

3.2.- Fundamentos extra-jurídicos.

Se señalan algunos argumentos de la doctrina médica.

En el considerando N° 3 se señala el deber del médico de defender la vida, que se ve confirmado por la Declaración de Oslo, adoptada por la 24° Asamblea Médica Mundial en agosto de 1970 y posteriormente enmendada en Octubre de 1983 por la 35° Asamblea Médica Mundial, señalando que sería deber del médico asegurar la protección de sus pacientes y defender sus derechos dentro de la sociedad. Por esto si la ley permite el aborto terapéutico, la operación debe ser practicada por un especialista en la materia y en un lugar apto para ello.

En el considerando N° 4 se señala que, dada la individualidad en materias de concepciones morales y el respeto que se debe a las convicciones y a la propia conciencia, la asamblea médica²⁰ establece la práctica de objeciones de conciencia para no realizar dicha intervención, siempre que garantice que un colega calificado continuará dando la asistencia médica. Por lo tanto no habría una imposición para el facultativo, respetándose así la libertad de conciencia.

Se reproduce en el considerando N° 5, el artículo 26 del Código de Ética del Colegio Médico que señala: “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”²¹. En el considerando N° 6 se dice que de acuerdo a estudios médicos de prestigiados especialistas, existirían patologías que ameritarían la interrupción del embarazo, como sería el caso de rotura de bolsa amniótica, la infección del huevo o la sepsis materna, el embarazo ectópico tubario u ovárico, enfermedades trofoblásticas como la mola, síndrome trombocitopénico trombótico, embolia amniótica pulmonar, hipertensión portal, etc.

Por otro lado, en los considerandos N° 1 y N° 2 se anotan algunas consecuencias sociales de la inexistencia de la interrupción del embarazo como terapia para salvar la vida de la madre, entre ellas mencionan consecuencias psicosociales, la afectación a la mujer embarazada, los hijos y la familia en general que produce la pérdida de la vida o de la salud de la madre, así como la gravedad de la situación en que quedan los hijos pequeños cuando su madre, pobre y/o

²⁰ 24° Asamblea Médica Mundial realizada en agosto de 1970 y posteriormente enmendada en Octubre de 1983 por la 35° Asamblea Médica Mundial.

²¹ Con fecha 14 de diciembre de 2004 fue publicado El Nuevo Código de Ética del Colegio Médico, con lo que esta materia es regulada hoy por los nuevos artículos 7, 8 y 9. Ver en Análisis Crítico, punto III.2.2.

soltera, fallece lo que para ellos significa la internación en un hogar de menores, la vagancia o su allegamiento.

En el considerando N° 8 se citan encuestas de opinión ciudadana en las que se refleja la opinión de la población chilena en el sentido de que el aborto debe tipificarse como un delito, pero la legislación debe permitir la interrupción del embarazo en situaciones excepcionales. Se anotan datos estadísticos vertidos en diversas encuestas, por ejemplo, encuesta CERC de octubre de 1989, sobre una muestra representativa nacional de la población urbana y rural de 18 años y más, en que se logró determinar que el “75,8% cree que la interrupción del embarazo debe permitirse por la ley cuando esta en juego la vida de la madre o la criatura vaya a nacer deforme”. El porcentaje subió a 76% cuando la encuesta se hizo en junio de 1991. Cabe tener presente que el 76,5% de los católicos y el 73,9% de los evangélicos, según la misma encuesta, estimó que debe permitirse el aborto sólo en casos de urgencia²².

22

En los considerandos del proyecto de Adriana Muñoz. Ver sección Anexos V.1 letra A).

B) Proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en lo relativo al delito de aborto (1994).

1.- Presentación del Proyecto

Boletín "1297-18"

Fecha	02/08/94	Origen	Diputados
Iniciativa	Moción	Estado	Archivado
Comisión	FAMILIA		
Materia	Modifica el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en lo relativo al delito de aborto.		
Diputados Patrocinantes			
Alberto Espina O. (RN)	María (Independiente) ²³		Angélica Cristi M.
Arturo Longton G. (RN)	Pedro (RN)		Pablo Álvarez-Salamanca B.

2.- Contenido del proyecto

- Modifica el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en lo relativo al delito de aborto.

Esta moción fue presentada el mismo día que otras dos mociones que proponen en general el aumento de la penalidad del delito de aborto, una ante el Senado y otra también ante la Cámara de Diputados²⁴. Esta propuesta incluye además la figura del arrepentimiento eficaz y otorga mayores facultades a las fuerza de orden y seguridad pública en la persecución de este ilícito.

²³ La diputada actualmente milita en el partido Unión Demócrata Independiente.

²⁴ En el trabajo se analizan 4 proyectos sobre el aumento de la penalidad del delito de aborto. Tres de ellos se presentan el mismo día (02/08/1994) y otro el año 2002.

NORMA MODIFICADA	MODIFICACIÓN	NORMA ACTUAL
<p>Código Penal, Libro II, Título VII: “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública” Art. 342 El que maliciosamente causare un aborto será castigado</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere. 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere. 	<p>Sustitúyanse las penas establecidas en el artículo 342 de la siguiente manera:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) En el N° 1 sustitúyase la pena de presidio mayor en su grado mínimo por presidio mayor en su grado medio. b) En el N° 2 sustitúyase la pena de presidio menor en su grado máximo por presidio mayor en su grado mínimo. c) En el N° 3 sustitúyase la pena de presidio menor en su grado medio por presidio menor en su grado máximo. 	<p>Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1º Con la pena de presidio mayor en su grado medio si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada, 2º Con la de presidio mayor en su grado mínimo, si, aunque no la ejerza actuare sin consentimiento de la mujer. 3º Con la de presidio menor en su grado máximo, si la mujer consintiere
<p>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.</p>	<p>Agrégase al artículo 344 los siguientes incisos: “Se rebajará en dos grados la pena establecida en los incisos anteriores, a la mujer que consintiere que otra persona le cause un aborto, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que le afecte o pueda afectarle o aún previo a su inicio, entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para individualizar y detener a los responsables de este delito”. “Con todo, si después de aplicados los beneficios otorgados a la arrepentida por el inciso anterior, debiere cumplir pena en reclusión, el Juez deberá otorgarle el beneficio de la libertad vigilada establecida en la ley 18.216 y su Reglamento.” “El tribunal que reciba esta declaración deberá adoptar, de inmediato, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física de la arrepentida y mantener en reserva su identidad”.</p>	<p>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.</p> <p>Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.</p> <p>Se rebajará en dos grados la pena establecida en los incisos anteriores, a la mujer que consintiere que otra persona le cause un aborto, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que le afecte o pueda afectarle o aún previo a su inicio, entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para individualizar y detener a los responsables de este delito”.</p> <p>Con todo, si después de aplicados los beneficios otorgados a la arrepentida por el inciso anterior, debiere cumplir pena en reclusión, el Juez deberá otorgarle el beneficio de la libertad vigilada establecida en la ley 18.216 y su Reglamento.”</p> <p>El tribunal que reciba esta declaración deberá adoptar, de inmediato, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física de la arrepentida y mantener en reserva su identidad”.</p>
<p>Código de Procedimiento Penal, Libro II, Título II, de las diversas maneras de iniciar el proceso por crímenes y simples delitos perseguibles de oficio Art. 83 inciso 4º²⁵. Tratándose de delitos de hurto o robo y de los delitos contra las personas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 260. Las diligencias que debieren practicarse en recinto cerrado, sólo se podrán realizar con autorización previa y expresa del propietario, arrendatario o persona a cuyo cargo esté el local en que deban efectuarse. El parte al tribunal en que se consigne la denuncia, deberá detallar las diligencias efectuadas, y, en caso contrario, las razones por las cuales no se hicieron</p>	<p>Sustitúyese en el inciso 4º del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, su oración inicial por la siguiente: “Tratándose de delitos de hurto o robo, del delito de aborto o de delitos contra las personas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos terceros, cuarto y quinto del artículo 156 y en el artículo 260. La frase inicial de esta norma fue modificada por el artículo 2 de la ley N° 19.393, publicada en el diario oficial el día 22 de junio de 1995. Hemos mantenido la norma tal cual estaba antes de la modificación, debido a que el proyecto de ley en análisis fue presentado en 1994, un año antes de la citada reforma. El texto actual de la frase inicial es el siguiente: “Tratándose de delitos contra las personas, aborto, robo, hurto y de los contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 260.”</p>	<p>Art. 83 inciso 4º. Tratándose de delitos de hurto o robo, del delito de aborto o de delitos contra las personas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos terceros, cuarto y quinto del artículo 156 y en el artículo 260. Las diligencias que debieren practicarse en recinto cerrado, sólo se podrán realizar con autorización previa y expresa del propietario, arrendatario o persona a cuyo cargo esté el local en que deban efectuarse. El parte al tribunal en que se consigne la denuncia, deberá detallar las diligencias efectuadas, y, en caso contrario, las razones por las cuales no se hicieron</p>

La frase inicial de esta norma fue modificada por el Art. 2 de la ley N° 19.393, publicada en el Diario Oficial el día 22 de junio de 1995. Hemos mantenido la norma tal cual estaba antes de la modificación, debido a que el proyecto de ley en análisis fue presentado en 1994, un año antes de la citada reforma. El texto actual de la frase inicial es el siguiente: “Tratándose de delitos contra las personas, aborto, robo, hurto y de los contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 260”.

3.- Fundamentos del Proyecto

3.1.- Fundamentos jurídicos

3.1.1.- Constitucionales:

En los considerandos del proyecto no se menciona expresamente la CPR. Sin embargo en el considerando N° 1, aparece la protección del derecho a la vida señalando que los artículos del CP “que sancionan este delito contemplan penas bajas para los terceros que practican un aborto o inducen a una mujer a hacerlo, en consideración al bien jurídico que la sociedad protege, cual es el derecho a la vida”²⁶.

3.1.2. – Derecho Internacional:

No se hace alusión en el proyecto al derecho internacional.

3.1.3.- Legales:

En el considerando N° 1, luego de decir que el bien jurídico protegido es la vida, se agrega que es irracional que los terceros que practican un aborto o inducen a una mujer a practicárselo tengan una pena más baja que la mujer que se lo realiza, por ello se justifica un aumento en las penas de estos. En el proyecto se mencionan como ejemplo los actuales artículos 342 N° 3, donde el tercero autor del delito está sujeto a la pena de presidio menor en su grado medio (541 días a tres años), y 344 donde la mujer que acepta que otra persona le cause un aborto, es castigada con una pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

El considerando N° 2 señala que no existen figuras legales, en la legislación actual, que incentiven a la mujer a denunciar a quienes practican este delito, que en algunos casos constituyen verdaderas organizaciones ilícitas. Ante ello propone los incisos que se agregan al artículo 344, que establecen incentivos para la mujer que entregue o revele a la autoridad información sobre los responsables del delito (rebajas de dos grados en la pena, y la obligación del juez de otorgar el beneficio de la libertad vigilada en caso de reclusión).

En el considerando N° 3 se señala que no existen facultades legales para Carabineros y la Policía de Investigaciones “para practicar de inmediato y sin previa orden judicial las diligencias

²⁶

En los considerandos del proyecto de Alberto Espina. Ver sección Anexos V.1 letra B).

probatorias establecidas en el artículo 120 bis de dicho texto legal, cuando se trata de las denuncias de delitos de hurto, robo o delitos contra las personas”. Ante ello propone la modificación al artículo 83 del CPC, en orden a darles esa facultad también para el delito de aborto²⁷.

3.1.4. – Doctrinarios:

Se dan como fundamento del alza en las penas a los terceros que practican un aborto o inducen a una mujer a hacerlo, el hecho de que el bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer. Agrega, que no es razonable que quien induce o presiona a una mujer a practicarse un aborto finalmente tenga una pena mas baja que la mujer afectada. Lo anterior lo ejemplifica comparando la pena del artículo 342 N° 3 (que sanciona al autor de delito de aborto con pena de presidio menor en su grado medio, esto es, de 541 días a 3 años) con la del artículo 344 (según el cual, la mujer que acepta que otra persona le cause un aborto es castigada con una pena más alta, la que corresponde a presidio menor en su grado máximo, esto es, de 3 años y 1 día a 5 años de cárcel).

En cuanto al arrepentimiento eficaz, se establece como un incentivo a la mujer que aceptó que un tercero le practicara un aborto, de modo que si coopera con información, antecedentes, etc., que sirvan para determinar eficazmente a los responsables de este delito, se le practicará una rebaja en la pena. Con esta institución lo que se busca es desactivar organizaciones ilícitas que tienen como finalidad la realización de abortos.

Respecto de las facultades que se otorgan a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, se explican en el sentido de dar más eficacia en la persecución del aborto, tal como existen en los delitos de hurto, robo, etc., donde a estas instituciones se les permite efectuar directamente las diligencias probatorias establecidas en el Art. 120 bis del CPP (Art. 83 CPP). Así estas medidas se justifican en que si el legislador otorga estas facultades a la policía en los delitos contra la propiedad y contra las personas, no existe razón para que no las tengan en los crímenes contra el orden de las familias y contra la moralidad pública.

3.1.5 – Jurisprudenciales:

No se mencionan en el proyecto fundamentos basados en sentencias.

²⁷

Ver cita anterior.

3.1.6 – Derecho Comparado:

En la presentación del proyecto no se hacen consideraciones de derecho comparado de ningún tipo.

3.2.- Fundamentos extra-jurídicos.

En la introducción del proyecto se describe una realidad social, relativa al aumento anual de los abortos y a las graves consecuencias que ello genera en la mujer. Luego señala que la mejor forma de enfrentar el problema es una política preventiva como la promoción de una educación sexual integral y con políticas públicas que protejan a la madre embarazada, eliminando las discriminaciones que la afectan. Sin embargo después dice que “Sin perjuicio de lo anterior, los antecedentes analizados (...), demuestran que la actual legislación penal y procesal penal requieren perfeccionarse a lo menos en los siguientes aspectos (...)”²⁸. Luego continúa con las proposiciones señaladas en el proyecto.

²⁸

En los considerandos del proyecto de Alberto Espina. Ver sección Anexos V.1 letra B).

C) Proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de aborto (1994).

1.- Presentación del Proyecto.

Boletín "1298-18"

Fecha	02/08/1994	Origen	Diputados
Iniciativa	Moción	Estado	Archivado
Comisión	FAMILIA		

Materia Modifica el Código Penal en materia de aborto.

Diputados Patrocinantes

Darío Paya M. (UDI)

2.- Contenido del proyecto

-Modifica el Código Penal en materia de aborto.

Esta moción fue presentada el mismo día que otras dos mociones, una ante el Senado y otra también ante la Cámara de Diputados²⁹. En todas ellas se busca aumentar la penalidad para el delito de aborto. Específicamente se busca a través de este proyecto, dar una verdadera protección a la vida del niño que está por nacer, modificando la ley penal chilena que hoy en esta materia sería “letra muerta”.

Con este fin propone:

1. Establecer un mecanismo de “arrepentimiento eficaz” para la mujer que entregue información que permita condenar a quienes efectúen abortos.
2. Aumentar las penas privativas de libertad aplicables a los autores del delito de aborto.
3. Establecer cobro de multas a los autores del delito del aborto.
4. Establecer el comiso de los instrumentos y efectos del delito del aborto.
5. Eliminar la figura del “aborto honoris causa”.
6. Eliminar requisitos que dificultan la sanción de ciertos casos de aborto.
7. Corregir errores de texto en las normas actuales relativas al delito de aborto.
8. Situar al aborto entre los delitos contra la persona.

²⁹

Ver nota 24.

NORMA ACTUAL	MODIFICACIÓN	NORMA MODIFICADA
<p>Código Penal, Libro II, Título VII: "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", § 1. Aborto.</p>	<p>Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal: Primero: Intercalar como párrafo tercero del Título VIII del Libro segundo del Código Penal el párrafo primero del Título VII del Libro segundo del mismo cuerpo legal, pasando los actuales párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo a ser cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno respectivamente, y los artículos 342, 343 y 345 a ser los artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D nuevos, respectivamente</p>	<p>Código Penal, Libro III, Título VIII: "Crímenes y simples delitos contra las Personas", § 3. Aborto.</p>
<p>Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere</p>	<p>Segundo: Reemplazar los artículos 342, 343, 344 y 345 por los siguientes artículos 394A, 394B, 394C y 394D nuevos.</p> <p>Art. 394A. "El que causare un aborto será castigado: 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales, si maliciosamente ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.º Con la de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, siempre que no ejerciendo violencia, obrare sin el consentimiento de la mujer. 3.º Con la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, si la mujer consintiere. Sin perjuicio de lo anterior, el tercero será sancionado con la pena de comiso sobre los efectos del delito y los bienes muebles o inmuebles usados en su perpetración."</p>	<p>Art. 394A. "El que causare un aborto será castigado: 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales, si maliciosamente ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.º Con la de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, siempre que no ejerciendo violencia, obrare sin el consentimiento de la mujer. 3.º Con la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, si la mujer consintiere. Sin perjuicio de lo anterior, el tercero será sancionado con la pena de comiso sobre los efectos del delito y los bienes muebles o inmuebles usados en su perpetración."</p>
<p>Art. 343. Será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.</p>	<p>Art. 394B. "Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, siempre que no haya tenido el propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor"</p>	<p>Art. 394B. "Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, siempre que no haya tenido el propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor"</p>
<p>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.</p>	<p>Art. 394C. "La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Sin embargo, será sancionada con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, según las circunstancias, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecte o pueda afectarle: a) Ponga a disposición o revele a la autoridad, información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para impedir o prevenir la perpetración de los delitos señalados en el número 3 del artículo 394 A y en el artículo 394 D, o b) Aporte datos no conocidos y eficaces para perseguir en juicio a personas que hubieren incurrido, en cualquier calidad, en alguna de las conductas señaladas en la letra a) de este artículo. Todas las actuaciones a que dé lugar lo dispuesto en el inciso anterior serán secretas y se estamparán en un libro especial que el secretario del tribunal guardará bajo su custodia. El empleado público que violare este sigilo será sancionado con la pena establecida en el artículo 244, aumentada en un grado."</p>	<p>Art. 394C. "La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Sin embargo, será sancionada con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, según las circunstancias, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecte o pueda afectarle: a) Ponga a disposición o revele a la autoridad, información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para impedir o prevenir la perpetración de los delitos señalados en el número 3 del artículo 394 A y en el artículo 394 D, o b) Aporte datos no conocidos y eficaces para perseguir en juicio a personas que hubieren incurrido, en cualquier calidad, en alguna de las conductas señaladas en la letra a) de este artículo. Todas las actuaciones a que dé lugar lo dispuesto en el inciso anterior serán secretas y se estamparán en un libro especial que el secretario del tribunal guardará bajo su custodia. El empleado público que violare este sigilo será sancionado con la pena establecida en el artículo 244, aumentada en un grado."</p>
<p>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.</p>	<p>Art. 394D. "El facultativo que causare el aborto o cooperare en él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado y en multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales".</p>	<p>Art. 394D. "El facultativo que causare el aborto o cooperare en él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado y en multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales".</p>

3.- Fundamentos del proyecto

3.1.- Fundamentos jurídicos:

3.1.1.- Constitucionales:

El proyecto menciona el Art. 19 N° 1 de la CPR, señalando que reconoce el carácter de persona del niño que está por nacer. De varias de sus frases se desprende que considera que el bien jurídico protegido es la vida del que está por nacer. Por ejemplo en la parte inicial, dice que propone cambios en la ley penal con el fin de “dar una verdadera protección a la vida del niño que está por nacer”; luego señala que es preciso “evitar que se cometan estos atropellos en contra de la vida, siendo éste el objeto último de esta reforma”.

De otra parte, se funda en el mayor peso del derecho a la vida por sobre el derecho al honor y a la honra, para eliminar el aborto “honoris causa”. Estaríamos ante una figura anacrónica pues no puede primar el sacrificio de un bien jurídico de tanta relevancia como es la vida, en pos del honor o la honra, ya que este valor habría perdido la relevancia que tenía al momento de la imposición de la norma.

3.1.2.- Derecho Internacional:

No se hace alusión en el proyecto al derecho internacional.

3.1.3.- Legales:

En los considerandos N° 6 y N° 7 se dice que es necesario corregir errores de texto y eliminar elementos que dificultan la sanción de ciertas hipótesis de aborto en las normas existentes, las que son el Art. 342 N° 2, 343 y el Art. 345 del CP. Esto con el fin de evitar la no aplicación de estas normas por falta de claridad en su redacción, como en el caso del Art.345, donde se propone eliminar la expresión “abusando de su oficio”, ya que en la práctica significa mayor dificultad condenatoria para el facultativo involucrado, por el problema de determinar cuándo existe este abuso.

3.1.4.– Doctrinarios:

El fundamento último de las reformas que propone este proyecto, es evitar los atropellos contra la vida, asumiendo que el embrión humano no nacido tiene vida y que el abortar es atentar contra esa vida.

En el considerando N° 1 dice que desde un punto de vista político criminal es indispensable que la norma cumpla su función preventiva o intimidatoria. Al mismo tiempo dice que en la legislación actual las penas establecidas son muy drásticas, lo que impide que los involucrados contribuyan con su testimonio a que se sancione a los responsables. Ante estos argumentos propone un aumento en las penas, pero establece la figura del arrepentimiento eficaz para quienes colaboren.

En cuanto al establecimiento del arrepentimiento eficaz, lo presenta como atenuante de la pena establecida para la mujer que coopere aportando datos y entregando información a la autoridad, que sirvan de manera eficaz para evitar o prevenir la perpetración del delito de aborto, de modo de desarticular las organizaciones que con fines de lucro rodean este delito. No propone establecerlo como eximente, debido a la imposibilidad de eliminar la sanción penal por el disvalor objetivo de la conducta que se lleva a cabo al cometer aborto, así como para evitar que se de un uso abusivo al beneficio por lo relativo a la reincidencia.

En el considerando N° 8 se propone el cambio de ubicación del párrafo que contiene el delito de aborto, al título que contiene los delitos contra la persona, fundando así su proyecto en la teoría de concebir al producto de la concepción como persona desde el momento de la unión de los gametos femenino y masculino. El cambio de ubicación de este párrafo vendría a ser una consagración de esta teoría.

Además de lo ya señalado, en este proyecto se propone el establecimiento de penas pecuniarias de comiso y multa, ambas con el fin de transformar la “industria abortiva” en un pésimo negocio, en el que se arriesga además de la privación de libertad una pena pecuniaria ineludible.

3.1.5.– Jurisprudenciales

No se mencionan en el proyecto fundamentos basados en sentencias.

3.1.6. – Derecho Comparado

En la presentación del proyecto no se hacen consideraciones de derecho comparado de ningún tipo.

3.2.- Fundamentos extra-jurídicos.

No se aportan datos estadísticos de ningún tipo, ni se explican consecuencias sociales generales. Sí menciona que las normas actuales crean en torno al aborto una “conspiración de silencio”, pues este delito por sus características especiales es conocido por un reducido número de personas las que pueden ser objeto de sanciones muy drásticas, por ello, señala el proyecto, la impunidad es muy fácil de lograr.

Desde otra perspectiva, al hablar de la instauración del arrepentimiento eficaz, se señala que este “(...) abre un cauce para que el genuino arrepentimiento que normalmente se produce en la mujer que se ha practicado un aborto, pueda ser expresado y conducir a la condena de quienes efectúan dichos abortos a cambio de dinero.” Más abajo, al señalar que si bien la figura del arrepentimiento eficaz puede actuar como atenuante, de todas formas debe mantenerse la sanción a la mujer, y esta sanción no será menor, pues con este delito no sólo se atenta contra la vida del feto “(...) sino que también contra el afecto natural que toda mujer debe sentir por la criatura que lleva en sus entrañas”³⁰

³⁰ En los considerandos del proyecto de Darío Paya. Ver sección Anexos V.1 letra C).

D) Proyecto de ley que aumenta la penalidad del delito de aborto (1994).

1.- Presentación del Proyecto.

Boletín "1302-07"

Fecha	02/08/1994	Origen	Senado
Iniciativa	Moción	Estado	Rechazado
Comisión	CONSTITUCION, LEGISLACION Y JUSTICIA		
Materia	Aumenta la penalidad del delito de aborto.		

Senadores Patrocinantes

Hernán Larraín Fernández (UDI)

Debido a que este proyecto ha sido el único discutido en el Congreso, la descripción que realizaremos tendrá la siguiente estructura:

- i) En el contenido del proyecto: el cuadro incluirá un casillero más destinado a observar la diferencia entre el proyecto presentado por Larraín y el proyecto que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en definitiva aprueba y que es presentado a discusión.
- ii) Entre los fundamentos jurídicos y extrajurídicos, se pondrán los argumentos esgrimidos por el senador Larraín en sus intervenciones durante la tramitación del proyecto, especialmente en la primera presentación, en la que realiza ante las Comisiones y en las que hace al iniciarse la discusión general en la sala.
- iii) Luego, en un apartado distinto realizaremos una reseña de la tramitación del proyecto en cada etapa de su discusión, rescatando los argumentos que nos han parecido más relevantes para nuestro análisis.

2.- Contenido del proyecto

-Modifica el Código Penal, aumentando la penalidad en el delito de aborto

Esta moción fue presentada en el Senado el mismo día que otras dos mociones presentadas ante la Cámara³¹. En todas ellas se busca aumentar la penalidad para el delito de aborto. Incluye además la figura del arrepentimiento eficaz y las penas de multa para los terceros que incurran en este ilícito. Propone cambiar el párrafo en que se encuentra tipificado el aborto, desde el Título VII del Libro II titulado “Crímenes y Simples Delitos contra el Orden de las Familias y contra la Moralidad Pública”, e incluirlo como párrafo III del Título VIII del Libro segundo dentro de “Crímenes y Simples Delitos contra las Personas”.

Este proyecto, ha sido el único hasta ahora que se ha discutido en el Congreso. Al ser presentado en el Senado en 1994, pasó a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, donde se aprobó por unanimidad el proyecto en general; en la discusión particular se hicieron algunas modificaciones al texto original aprobándose en definitiva el proyecto que se presenta a discusión general. Iniciada la discusión, el 23 de julio de 1995 y por acuerdo de sala, el proyecto fue enviado a la Comisión de Salud, la que aprobó por unanimidad el proyecto en los mismos términos en que lo despachara la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. La Comisión dejó constancia de que procedían de ese modo para que el Senado efectuara un pronunciamiento acerca de la idea de legislar. El informe de la comisión de Salud fue recibido en cuenta en 1998, momento en que se reinició la discusión general. Finalizada la discusión se procedió a la votación y el proyecto fue rechazado por 15 votos contra 13 y 8 pareos, en la sesión 30ª efectuada el 15 de septiembre de 1998.

³¹ Ver nota 24.

NORMA ACTUAL	MODIFICACIÓN		NORMA MODIFICADA
	LARRAÍN	COMISIÓN	
Código Penal, Libro II, Título VII: “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, § 1. Aborto.	1. Intercálase como párrafo tercero del Título VIII del Libro II del Código Penal el párrafo primero del título VII del libro segundo del mismo cuerpo legal, pasando los actuales párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno respectivamente, y los artículos 342, 343, 344, y 345 a ser artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D nuevos respectivamente.	Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal: 1. Intercálase como párrafo tercero del Título VIII del Libro II el párrafo I del título VII del mismo Libro, pasando en consecuencia los artículos 342, 343, 344 y 345 a ser artículos 394A, 394B, 394C y 394D, respectivamente. Los actuales párrafos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del referido título 8° pasarán a ser párrafos 4, 5, 6, 7, 8 y 9 respectivamente	Código Penal, Libro II, Título VIII: “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, § 3. 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	2.Sustituyase el artículo 342 del Código Penal por el siguiente: Art. 394A : El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1° Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 UTM, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2° Con la pena de presidio mayor en su grado máximo y multa de 200 UTM, si aunque no la ejerza, obrare sin el consentimiento de la mujer. 3° Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 UTM, si la mujer consintiere. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21, al que cause un aborto se le aplicará además la pena de comiso, la que se hará efectiva sobre los bienes muebles e inmuebles utilizados para la comisión del delito y sobre los dineros que hubiere recibido para ello.	2. Sustituyese el artículo 342, que pasa a ser 394A, por el siguiente: “Art. 394A. El que maliciosamente causare un aborto será castigado 1.° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de 100 a 300 UTM, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.° Con la de presidio mayor en su grado mínimo y multa de 50 a 100 UTM, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3.° Con la de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 300 UTM, si la mujer consintiere”.	“Art. 394A. El que maliciosamente causare un aborto será castigado 1.° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de 100 a 300 UTM, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.° Con la de presidio mayor en su grado mínimo y multa de 50 a 100 UTM, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3.° Con la de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 300 UTM, si la mujer consintiere”.
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.	3.Sustituyase el artículo 344 del Código penal por el siguiente: Art. 394C: La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio mayor en su grado medio. Si lo hiciere para ocultar su honra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio. Las penas indicadas en los incisos anteriores se podrán rebajar hasta en tres grados, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta o pueda afectar, o aún previo a su inicio, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, en diligencias que sirvan para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación de este delito.	3. Sustituyase el artículo 344, que pasa a ser 394C, por el siguiente: “Art. 394C. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. La pena indicada en el inciso anterior se podrá rebajar hasta en dos grados, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto.”	“Art. 394C. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. La pena indicada en el inciso anterior se podrá rebajar hasta en dos grados, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto.”
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.	4.Sustituyase el artículo 345 del Código Penal por el siguiente: Art.394D: El facultativo que causare un aborto o cooperare en él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado y con multa de 500 UTM. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21, al facultativo se le aplicará además la pena de comiso, la que se hará efectiva sobre los bienes muebles e inmuebles utilizados para la comisión del delito y sobre los dineros que hubiere recibido para ello.	4. Reemplácese en el artículo 345, que pasa a ser 394D, la oración "las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado" por la siguiente: "las penas de presidio señaladas en el artículo 394A, aumentadas en un grado, y multa de 100 a 500 UTM".	Art. 394D. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas de presidio señaladas en el Art. 394A, aumentadas en un grado, y multa de 100 a 500 UTM.

3.- Fundamentos del Proyecto

3.1.- Fundamentos jurídicos

3.1.1.- Constitucionales:

En las presentaciones que el senador Larraín hace del proyecto, no se menciona expresamente ningún artículo de la CPR, sin embargo establece que el bien jurídico protegido por este delito es la vida del embrión, además señala que las normas que regulan el aborto en la práctica no son efectivas en desincentivarlo. Agrega que el objeto material de la protección es el embrión vivo, aún con anormalidades y considera que el aborto en el sentido jurídico-penal significa dar muerte al producto de la concepción.

En la discusión general, señala que su moción tiene como fundamento la consideración de que quien está en el vientre materno es persona. Por lo que el aborto se configura como un atentado contra la persona humana.

3.1.2. – Derecho Internacional:

No se hace alusión en el proyecto al Derecho Internacional.

3.1.3.- Legales:

El senador efectúa una descripción de la ley penal que regula este delito, confrontándola con lo que sucede en la práctica, sobretodo en lo referido a los beneficios alternativos de la pena (remisión condicional, reclusión nocturna y libertad vigilada), señalando que debido a las bajas penas que existen para el aborto, (generalmente no superiores a 5 años y un día), se posibilita el uso de estos beneficios alternativos a las penas, con lo que en la realidad, se trataría de un delito en el cual no se cumplen las penas de reclusión que la ley establece, sino que (a través de estos beneficios) se cumplen extramuros. Es así que propone un aumento en las penas como argumento central en atención a desincentivar la comisión de este delito.

En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se plantea, sin embargo, morigerar las penas propuestas por considerarlas excesivamente altas. Esta opinión será la que al final prevalecerá pues el proyecto se presenta a discusión con penas atenuadas en relación al proyecto original presentado por el senador Larraín. No obstante, se mantiene el que

estas penas sean superiores a cinco años y un día para efecto de que los beneficios alternativos de la pena sean improcedentes.

3.1.4. – Doctrinarios:

El senador Larraín comienza su planteamiento señalando “El aborto en el sentido jurídico-penal significa dar muerte al producto de la concepción, el bien jurídico protegido es la vida del embrión y el objeto material de protección es el embrión vivo, aún cuando este presente anormalidades.”

A continuación, luego de hacer presente la realidad mencionada en el apartado anterior, propone el aumento de las penas privativas de libertad, pues estima que las actuales penas no son un modo eficaz de desincentivar este delito. Estas no sancionan con suficiente severidad a los que atentan contra la vida del feto, quien se encuentra indefenso. En la discusión que se dio en la Comisión, Larraín reafirma este último punto, en el sentido de que es necesaria una penalidad mayor, debido a la indefensión en que se encuentra el no nacido. En cuanto a la instauración de la figura del arrepentimiento eficaz, dice que con ello se busca incentivar las denuncias para sancionar a quienes lucran con esta actividad y con ello contribuir al esclarecimiento del delito. Relacionado con esto, propone penas pecuniarias como la multa y el comiso, las cuales buscan desincentivar el desarrollo de verdaderos “negocios” y evitar la proliferación de centros especializados en la comisión de abortos.

Por otro lado propone el cambio de párrafo, que se funda principalmente, en la consideración de que el feto tiene vida desde la concepción. En la discusión general señala que la criatura que se haya en el vientre materno es una persona desde el momento de la concepción y por tratarse de un atentado contra la persona humana es que corresponde la modificación antes mencionada. La persona que se encuentra en el vientre materno tiene el mismo derecho a la vida que los ya nacidos “(...) La diferencia entre alguien que está en el vientre materno y un recién nacido es cero. Ambos son radicalmente dependientes (...)” y da un ejemplo señalando que si se deja a un recién nacido solo, éste no sobrevive mas allá de veinticuatro horas.

Estima que la pena debe ser un mecanismo eficaz, que desincentive la comisión de este delito por la vía de sancionar severamente a quienes atenten contra la vida intrauterina y en consecuencia contra quien no tiene ninguna posibilidad de defenderse. Como contra argumento a quienes sostienen la importancia de los derechos reproductivos de la mujer, señala que no se puede hablar de derecho si este consiste en quitar la vida a un ser humano “(...) Legalizar el

aborto significa legalizar un crimen (...)” y apoya esta afirmación proponiendo un ejemplo: no porque haya un aumento significativo en la tasa de robo con fuerza en las cosas éste debe despenalizarse, con lo que ataca el argumento de quienes sostienen de que debido a la realidad del aborto éste debe legalizarse³².

3.1.5 – Jurisprudenciales:

No se mencionan en el proyecto fundamentos basados en sentencias.

3.1.6 – Derecho Comparado:

En la presentación del proyecto no se hacen consideraciones de Derecho Comparado de ningún tipo.

3.2.- Fundamentos Extrajurídicos.

En la discusión general, Larraín plantea que la concepción empieza desde el mismo instante en que el espermatozoide fecunda al óvulo, puesto que biológicamente se ha creado allí un nuevo organismo, con vida propia, diferente de la de sus progenitores. “(...) Desde la concepción el ser humano, adquiere ontológica y biológicamente, la inescindible unidad de materia y espíritu –de cuerpo y alma- que hace de esa célula un ser humano, una persona, con todos los atributos que le son inherentes (...)”³³.

Para justificar el establecimiento de penas de comiso y de sanciones de carácter pecuniario, se menciona la participación de terceros que se involucran en la comisión de este delito con fines de lucro, lo que se vería confirmado por la existencia de clínicas clandestinas y dedicadas a practicar abortos, previo pago de un alto precio. Así, el fin último de tales sanciones es el desincentivo de su desarrollo como actividad lucrativa

En la discusión general en el senado, Larraín se explayó acerca de los motivos que inspirarían su moción, y señaló algunas consideraciones de orden sociológico, “(...) indicando que el aborto se ha incrementado extraordinariamente en el último tiempo y, aunque no hay registros oficiales, se estima que la cifra alcanza entre 150.000 y 200.00 al año, cifra que se calcula por los egresos hospitalarios por complicaciones de aborto y se multiplica por cinco. Lo

³² Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 14ª miércoles 15 de julio de 1998, pág. 1116.

³³ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 14ª miércoles 15 de julio de 1998, pág. 1113.

considero un problema de gran magnitud, que por cierto, no puede ser enfrentado solamente por la vía penal –a que se limita este proyecto de ley-, sino mediante un conjunto de medidas en ámbitos tales como el de la educación y de salud, que desincentiven la comisión de este delito, y generen una adecuada cultura sexual (...)”³⁴. Por otro lado, en otra intervención, se refiere a las secuelas psicológicas que el aborto ocasiona en la mujer, en los siguientes términos: “(...) Porque de alguna manera, al consentir en ese acto, niega la maternidad, cuestión muy fuerte, que le genera posteriormente reacciones psicológicas de mucha complejidad. El hecho de que la mujer pueda contribuir al esclarecimiento del delito - estiman especialistas en la materia- le ayuda también a superar el dolor posterior a través de una acción positiva(...)”³⁵.

3.- Breve reseña de la tramitación del Proyecto:

3.1.- El 2 de agosto de 1994 en la sesión 16ª, de la legislatura 329ª ordinaria, la moción es vista en cuenta y pasa a la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento. El 7 de junio de 1995, en la Sesión 5ª, de la legislatura 331ª ordinaria, es recibido en cuenta el informe de esta Comisión y la moción queda para tabla.

3.2.- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

La Comisión aprobó por unanimidad el proyecto en general y en la discusión particular hizo algunas modificaciones al texto original, aprobándose en definitiva el proyecto que se presenta a discusión general. Su aprobación fue acordada en las sesiones celebradas los días 16 de agosto de 1994, con asistencia de los honorables senadores señores Sergio Diez Urzúa (Presidente), Sergio Fernández Fernández, Hernán Larraín Fernández y Adolfo Zaldívar Larraín, y 4 de abril y 16 de Mayo de 1995 con asistencia de los señores senadores Miguel Otero Lathrop (Presidente), Sergio Fernández Fernández, Juan Hamilton Depasssier (Sergio Páez Verdugo), Hernán Larraín Fernández y Anselmo Sule Candia. La comisión tuvo a la vista durante el debate de esta iniciativa las opiniones recabadas de distintos sujetos sociales y gubernamentales que se mencionarán más adelante.

³⁴ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 331ª, Ordinaria, Sesión 20ª jueves 20 de julio de 1995, pág. 2502 y ss.

³⁵ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 331ª, Ordinaria, Sesión 20ª jueves 20 de julio de 1995, pág. 2504 y ss., y en el mismo sentido ver Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 14ª miércoles 15 de julio de 1998, pág. 1113 y ss.

La emisión de este informe es parte del 1º trámite constitucional acerca del proyecto de ley de referencia, que tuvo origen en la moción del Senador H. Larraín.

3.2.1.- Antecedentes

Legales: Menciona artículos del CP y del CC.

CP; Tít. VII “de los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública” el aborto consta en el párrafo I Art. 342-345, Tít. VII “de los crímenes y simples delitos contra las personas”. El mencionado título. VII se refiere al aborto en su párrafo I. Se realiza una descripción del contenido de los Arts. 342 al 345.

CC; Arts.55, 74 y 75. Hace una descripción del contenido de dichos Arts.

De Hecho: Hace una referencia a los principales argumentos y objetivos señalados por el senador Larraín en su moción.

3.2.2.- Discusión General

La Comisión estimó necesario consultar el parecer de distintas entidades. Así, se analizarán brevemente los informes por ellas emitidos con el fin de obtener nuevas opiniones acerca del tema objeto del proyecto.

a) Ministerio de Justicia:

Cuestiona el traspaso del delito de aborto desde el Título “de los crímenes y simples delitos contra las personas”, ya que la ubicación de este delito dentro del CP dice relación directa con el bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido en el título VII, representa una transición entre aquellos que atentan contra bienes jurídicos individuales y aquellos que ofenden bienes jurídicos comunes. De acuerdo al Art.74 CC, el feto aún no es persona. “Jurídicamente aborto es la muerte inferida al producto de la concepción, que aún no es persona y por lo tanto no puede considerarse como víctima de homicidio”.

En relación al aumento de penas, esta sería una medida contraria a las nuevas tendencias dentro de la criminología, ya que la penalización aparece como sinónimo de renuncia de toda expectativa de resocialización del individuo. La tendencia contemporánea es en orden a despenalizar las sanciones aplicables a las comisiones de delitos, ya que se habría comprobado que el cumplimiento de penas extramuros en el medio libre, a través de los beneficios alternativos de la pena, facilitaría la rehabilitación y reinserción en la sociedad del condenado.

Critica a continuación la propuesta central sobre nueva penalidad, no se debe confundir el concepto de pena con el de encierro. La pena debe ser un recurso límite, no una herramienta para organizar la vida social ni para cargar con deficiencias existentes en otros ámbitos como la educación, la salud. Así, la pena debe ser útil para el condenado y para la sociedad por lo que al determinarse ésta, se debe verificar su utilidad en el caso específico para resocializar al delincuente. También es importante tomar en cuenta su conveniente y oportuna aplicabilidad sin causar un daño mayor, que sería en este caso, dejar sin madre y por ende adicionalmente penalizados, otros hijos menores de la mujer condenada. Finalmente las penas deben guardar armonía y proporción sistemática entre sí y en relación a los bienes jurídicos que protegen.

Apoya la sanción a terceros que participan en la comisión del delito, mediante la multa más el comiso. Luego da algunas sugerencias en cuanto a la aplicación de estas sanciones y al destino de lo que se obtenga con ellas.

b) Ministerio de Educación:

Se refiere principalmente a la prevención del aborto. Plantea medidas que colaboran con ello, como la educación sexual y señala estrategias aplicadas por el Ministerio, orientadas a tratar el tema de la sexualidad. Plantea como esenciales las políticas de prevención, especialmente en adolescentes que asisten a establecimientos educacionales del sistema.

c) Ministerio de Salud:

Indica que existen solo dos formas de control voluntario de la natalidad: el uso de métodos anticonceptivos (incluida la abstinencia periódica) y el aborto inducido. Señala al embarazo no deseado como condición que predispone a la realización voluntaria de un aborto y que se encuentra asociado a ignorancia o uso inadecuado de métodos anticonceptivos.

Entrega cifras de aborto inducido. Entre otras, el año 1990 hubo 159.650 (uno de cada tres embarazos)³⁶. Además, mencionan cifras oficiales del Ministerio de Salud en cuanto a egresos hospitalarios por aborto y al número de muertes maternas secundarias por complicaciones del aborto inducido, realizado en condiciones clandestinas.³⁷

³⁶ Alan Gutmacher Institute, "Issues in brief: An overview of clandestine abortion in Latin America", AGI, 1996, pág. 2.-

³⁷ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, boletín N° 01302-07, Legislatura 331ª, Ordinaria, Sesión 5ª, 07 de junio de 1995, pág. 425 y ss.

Sostiene que las políticas de salud en la materia, consideran como principal estrategia su prevención activa.

Menciona que la posición oficial de Chile en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo³⁸, fue no al aborto y si a la planificación familiar. Así, lo que busca el Ministerio es mejorar la calidad de los servicios de anticoncepción que actualmente se ofrecen en nuestro país

Apoya la sanción a los terceros, facultativos o no, y consideró plenamente justificado una mayor severidad a los profesionales calificados que realizan abortos inducidos por meras razones pecuniarias. Sin embargo, agrega que la penalización actual ampliamente conocida por estas personas, no ha resultado eficaz en la prevención de esta práctica, y un aumento en las penas, probablemente sólo incidirá en aumentar los costos del aborto realizado en la clandestinidad.

Considera como una evidente desigualdad el hecho de que toda la responsabilidad legal recaiga en la mujer sin considerar una eventual responsabilidad de la pareja masculina. La mujer sería más bien víctima de una serie de factores psicosociales.

d) Servicio Nacional de la Mujer:

Indica que no se debe abusar de las penas privativas de libertad, por ello encuentra interesante la propuesta de las penas de multa y esboza un sistema en el que la pena debería ajustarse a los ingresos reales de los condenados.

Señala programas que se llevan a cabo por el SERNAM en orden a prevenir la ocurrencia de abortos inducidos (Prevención del embarazo adolescente, Igualdad de oportunidades para las mujeres), pero enfatiza que no tiene programas que prevengan directamente la ocurrencia de abortos inducidos.

Cita la “Conferencia Internacional de Población y Desarrollo” de El Cairo, donde se señala entre otros fines: evitar que se promueva el aborto como método de planificación familiar; incrementar el compromiso con la salud de la mujer y ocuparse de los efectos de los abortos realizados en malas condiciones como un problema de salud pública, entre otros.

³⁸

Esta Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, organizada por las Naciones Unidas, se realizó en El Cairo el año 1994.

e) Policía de Investigaciones:

Concuerda plenamente con el proyecto en el punto del aumento de las penas, ya que estas serían actualmente demasiado benignas, no impidiendo que el delito siga proliferando y transformándose en un negocio lucrativo. Además de que permiten un acceso a los beneficios alternativos de la pena. Este tipo de delito merece un castigo ejemplar, que permite no considerar como tan esencial a estos efectos, la función rehabilitadora en cuanto a los fines de la pena

Encuentra acertado el cambio de título, pero recomendando el traslado al lugar que hoy ocupa el infanticidio. Forma adecuada de protección de acuerdo al bien jurídico protegido cual es la vida humana reconociendo el mandato constitucional del Art. 19 N° 1.

Manifiesta su conformidad con la iniciativa de rebajar las penas de la mujer que colabore en la persecución del delito de aborto. A su juicio ello incentivará a muchas otras mujeres a recurrir ante las autoridades para que se castigue a los responsables, especialmente cuando se lleva a cabo como un negocio con fines lucrativos.

Habría una laguna eso si en el proyecto, por lo que se manifiesta de acuerdo con la incorporación de la figura del aborto terapéutico, siempre que no enmascare prácticas de masacre.

f) Colegio Médico:

Estiman que se debe determinar el momento del comienzo de la vida para dar comienzo a cualquier discusión que involucre al aborto, que para esta institución es sin duda alguna al momento de la concepción (que se entiende como el momento de la unión física entre el óvulo y el espermatozoide).

Sostienen que cada etapa del embarazo de la mujer es condición sine qua non de la anterior, esto de acuerdo al principio de continuidad de la vida, por lo tanto cada etapa tiene la misma relevancia y ninguna de ellas en particular otorga el estatus de persona.

En cuanto a la protección de la vida, estiman que el valor creciente de la potencialidad humana del embrión, debe ser considerado como un valor concreto que no autoriza su destrucción, sino solamente cuando otros valores mas importantes sean amenazados por la prosecución del desarrollo embrionario fetal. Esto debe considerarse también al pensar en el aborto terapéutico, ya que se trata de una realidad de la práctica médica aunque exista un grupo de médicos que no reconocen la existencia de patologías que admiten aborto terapéutico.

En cuanto al aborto provocado por características eugénicas del nasciturus, su prohibición debería ser la norma general, con las solas excepciones de patologías fetales graves.

Señalan que la definición del delito de aborto contiene un elemento esencial, que es la destrucción de la vida del feto y no la expulsión prematura de este, por tanto es la muerte inferida al producto de la concepción.

El cambio de título es una innovación importante, ya que si bien la ley no considera al feto persona, puede ser favorecido con diversas medidas de protección en virtud del Art. 75 CC. Además, el cambio de título propuesto es correcto, pues el aborto no ofende necesariamente el orden de la familia, siendo igualmente punible el aborto de una mujer casada que el de una soltera, o el de una menor de edad que el de una adulta independientemente de la relación familiar y bastando la existencia del feto.

Soluciones propuestas por el proyecto no apuntan al fondo del problema, no atacan las causas sino que sólo tienden a aumentar la penalidad y castigar duramente a quienes convierten la práctica abortiva en la realización de un verdadero negocio, lo que es un propósito laudable pero no apunta al fondo del problema.

Se debe mantener el actual Art. 345 y no apoyar la modificación, ya que esta última suprime la frase “abusando de su oficio”. La supresión de esta frase no permite al juez apreciar la conducta del médico, no permitiéndole a este demostrar en casos muy calificados, que no abusó de su oficio al causar un aborto o participar en él, impidiendo así su liberación de responsabilidad penal.

g) Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la UCV:

El ordenamiento jurídico brinda deficiente protección al ser humano en gestación, lo que podemos observar en los siguientes hechos: sólo se castigan conductas dolosas que atentan contra su vida, no se le ampara en contra de conductas que puedan lesionar su integridad física o su salud sin causarle la muerte y aún existen figuras anacrónicas como el aborto honoris causa. En todas estas situaciones subyace una diversa valoración de la vida en su etapa previa y posterior al nacimiento, lo que no se condice con el 19 N° 1 de la CPR.

Apoya el cambio de título, fundándose en que hoy nadie discute que el bien jurídico amparado es la vida del ser humano en gestación, por lo que no existiría inconveniente para dicho cambio.

Apoya el aumento de las penas en las condiciones propuestas y el traslado de este delito, ya que las penas para el aborto hacen que se produzca un factor de desarmonía entre las penas asignadas a los delitos que atentan contra la vida y no guarda congruencia con la entidad de la lesión jurídica que en cada caso se pretende sancionar.

3.2.3.- Discusión Particular

Artículo Único:

1° Propone intercalar como párrafo 3° del título VIII del Libro segundo del CP, el actual Párrafo 1° del título VII del mismo Libro. Indica la no supresión de la figura del infanticidio. En concordancia con ese cambio Art. 342 a 345 pasan a ser Art. 394 A, 394 B, 394 C y 394 D y se modifica la numeración correlativa de los restantes párrafos del título VIII.

La mayor parte de los integrantes de la Comisión estuvo de acuerdo con el cambio de título. Coinciden con lo señalado por el Colegio Médico que señala que la existencia del ser humano se inicia con la concepción³⁹ y por lo tanto debe protegerse la vida desde ese momento. Sule, se opone y señala que votará en contra de la mayoría de las disposiciones de este proyecto, por discrepar del aumento de las penas para este delito y ser partidario de no legislar sobre la materia mientras no se considere nuevamente la existencia del aborto terapéutico.

Sometido a votación, este número es aprobado con cambios formales al recibir los votos favorables de los HH. Senadores Fernández, Larraín, y Otero; en contra el senador Sule y se abstuvo el senador Páez.

2° Modificación que sustituye el **Art.342** por el **Art.394 A**.

Inciso 1° mantiene su encabezamiento.

N° 1 El autor propone una indicación para aumentar las penas propuestas para el N° 1 (caso en que se ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada) a presidio mayor en su grado máximo. Otero no está de acuerdo ya que le parece excesivo y propone establecer una graduación, que igual aumenta las penas pero, en que el límite máximo sea presidio mayor en su grado medio. Esto, en razón de que la pena propuesta sólo se aplica en delitos horribos como es el caso del parricidio. Sule señala que el aumento de penas no ayuda a producir más condenas.

³⁹

Desde la concepción, que se entiende como el momento de la unión física entre el óvulo y el espermatozoide. Ver III.2.2.

Larraín retira su indicación y acepta establecer pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de 100 a 300 UT mensuales

Sometido a votación encabezamiento y N° 1 resulta aprobado por Fernández, Larraín y Otero; en contra Sule y se abstuvo Páez.

N° 2 Caso del aborto causado sin violencia y sin consentimiento de la mujer. Larraín propone una indicación sustitutiva, disminuir la pena en un grado, quedando en presidio mayor en su grado medio. La comisión acuerda acoger la indicación con modificaciones, reduciendo la pena a presidio mayor en su grado mínimo y rebaja de la multa, fijándola en 50 a 100 UT mensuales.

Indicación resulta aprobada por unanimidad, con modificaciones.

N° 3 Caso de la mujer que consiente en el aborto. Se rebajan las penas propuestas en el proyecto, siguiendo con el criterio ya adoptado por la comisión, quedando en presidio menor en su grado máximo. Así, aumenta la pena vigente en un grado y permite la graduación de la multa entre 100 y 300 UTM.

Resulta aprobado por 4 votos contra 1. A favor Fernández, Larraín, Otero y Páez; en contra Sule.

Inciso 2° Propone Larraín una indicación sustitutiva con el objeto de especificar que el comiso se aplica a quienes resulten responsables del delito. Puestos en votación la indicación sustitutiva y el inciso 2°, se rechaza por la Comisión, ya que esta materia estaría adecuadamente contemplada en el Art. 31 del CP. Por 3 votos contra 2 (en contra Otero, Páez y Sule, a favor Fernández y Larraín).

3° Sustituye el Art. 344 que consta de 3 incisos:

Inciso 1° Sanciona a la mujer que causa o consiente en su propio aborto. La Comisión propone flexibilizar penas a fin de dar al juez la posibilidad de decidir de acuerdo al mérito del proceso. Mantiene las penas en el mínimo vigente y se agrega como tramo superior presidio mayor en su grado mínimo.

Sometido a votación este inciso resulta aprobado con las modificaciones mencionadas, por 4 a 1. A favor Fernández, Larraín, Otero y Páez; en contra Sule.

Inciso 2° Norma que contiene el aborto honoris causa. Se aprueba la supresión de aborto honoris causa porque se entiende que sobredimensiona un bien jurídico como la honra en desmedro de la vida. Presenta Larraín una indicación supresora de esta figura que actualmente es un atenuante.

Es aprobada esta indicación por 4 a 1. A favor Fernández, Larraín, Otero y Páez; en contra Sule.

Inciso 3º Propone la rebaja de las penas hasta en 3 grados de acuerdo al sistema de arrepentimiento eficaz propuesto en la moción. La Comisión comparte la idea del establecimiento de esta atenuante calificada de responsabilidad, pero solo en el caso de que tanto el cuerpo del delito como su participación se encuentren debidamente acreditados. La rebaja de la pena en 3 grados sería excesiva, y siguiendo el criterio de la ley 19.172 sobre arrepentimiento eficaz y ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, solo se reducirá en 2 grados.

Con las adecuaciones antedichas es aprobada por 3 votos, 1 en contra y una abstención. A favor Fernández, Larraín y Otero; en contra Sule; se abstuvo Páez.

4º Reemplaza el Art. 345 que pasa a ser 394 D. Se refiere al caso del facultativo que causare un aborto o coopere con él.

Larraín presenta una indicación que plantea agregar un nuevo inciso, señalando que el facultativo, cirujano o matrona que causare o contribuyere a causar un aborto por imprudencia temeraria en el desempeño de su profesión, tendrá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 150 UTM. Discutido por la Comisión se estimó que no era necesaria esta inclusión por existir ya figuras que regularían esta situación⁴⁰. Finalmente el autor del proyecto retira su indicación y se allana al criterio mayoritario que propone mantener la norma vigente y agregar la pena de multa.

Aprobado por 3 votos contra 1. A favor Fernández, Larraín, y Otero; en contra Sule.

3.3.- Discusión General:

En la sesión 20ª del 20 de julio de 1995 se inicia la Discusión General. En ella el senador Larraín expone los fundamentos de su moción, ahora ante el Senado⁴¹ y hace mención a las modificaciones de que el proyecto fue objeto, en su paso por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, señalando que: “(...) La iniciativa original proponía un serie de penalidades bastante fuertes, las cuales fueron discutidas en el seno de la Comisión y

⁴⁰ Al considerarse delito contra las personas cabría la posibilidad de castigarlo como cuasidelito en los Arts. 490 y 491 CP, como figura típica del aborto causado por un tercero con dolo directo en el nuevo 394A y como aborto violento cometido con dolo eventual en el 394B presentado sin cambios. En el caso del facultativo, su actuación dolosa se describe en el nuevo Art. 394D.

⁴¹ Estos argumentos ya han sido agregados en el punto 2 de la descripción del proyecto.

morigeradas, sin perder el objetivo que nos preocupa: aumentar el castigo y que la persona sancionada lo cumpla; vale decir que las penas sean siempre superiores a cinco años y un día. (...)”. Al finalizar Larraín, los senadores acuerdan continuar la discusión durante una próxima sesión.⁴²

En la sesión 24^a del 8 de julio de 1995 se acuerda que el proyecto queda para segunda discusión

En la sesión 30^a del 23 de Julio de 1995, por acuerdo de Sala se envía el proyecto a la Comisión de Salud.

En la sesión 4^a del 10 de Junio de 1998 se recibe en cuenta el informe de la Comisión de Salud y el proyecto queda para Tabla.

3.4.- Informe de la Comisión de Salud

La Comisión de Salud aprobó el proyecto en los mismos términos en que lo despachara la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, tanto en general como en particular, por unanimidad de sus miembros presentes. Dejaron constancia de que procedían de este modo, con el ánimo de provocar un pronunciamiento del Senado sobre la idea de legislar, sin perjuicio de hacer valer las observaciones que el texto pueda merecerles por la vía de las indicaciones para el segundo informe.

Los miembros presentes de la Comisión que aprobaron el proyecto fueron los senadores señores **Carlos Bombal Otaegui** (Presidente), quién señaló que no puede ser la ley la que dicte patrones éticos a los médicos frente a un problema de salud que ellos deben resolver, y que el aborto terapéutico es una situación superada, como solución ante la necesidad de elegir entre la vida de la madre y del hijo; **Ignacio Pérez Walker**, quién manifestó ser partidario de enfrentar el problema con una combinación de políticas preventivas y punitivas; y **Enrique Silva Cimma**, expresó que concurría a la aprobación de la iniciativa en el sentido de que aborda un problema social real.

42

Acuerdan no prorrogar el Orden del Día, y debido a que este ya había finalizado, entonces ya no tienen tiempo para seguir discutiendo el proyecto. Se procede de ese modo debido a la intervención del señor Muñoz Barra quien dice que el tema debe enfocarse desde distintos caminos y no solo el de la penalidad, además menciona el “interés inusitado” de varios senadores en participar en el proyecto, con lo que se hace necesario mas espacio para intervenciones.

A las sesiones en que se consideró esta materia, asistieron otros senadores y personas vinculadas con la salud quienes, como se verá, expresaron su opinión sobre el tema. Además hicieron llegar sus opiniones por escrito otros entes sociales, religiosos y políticos.

Discusión

La Comisión estudió también este asunto en las sesiones celebradas los días 17 y 18 de abril, 31 de julio y 28 de agosto de 1996. A continuación realizaremos una breve transcripción de las principales opiniones entregadas en el seno de la Comisión de Salud, pese al hecho de haber aprobado el proyecto en los mismos términos que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

El **senador Larraín** nuevamente presentó al proyecto, e insistió en sus fundamentos. Cabe señalar que esta vez sostuvo que su proyecto puede ser eficaz si se le incorporaban algunos elementos nuevos, diciendo que respecto del aumento de pena que se propone para la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, ha estimado conveniente no aumentarla, manteniendo la sanción actual, para lo cual anunció presentaría la correspondiente indicación.

A continuación la **senadora Carrera** se manifestó de acuerdo con la definición de aborto dado por Larraín⁴³, sin embargo, estima que aplicar dicha definición en términos absolutos implicará dejar morir a muchas mujeres con embarazo ectópico, embarazo en la trompa con feto vivo y embarazo con huevo infectado. Señalo no estar dispuesta a eso y expreso finalmente que en la práctica se realizan a diario abortos para evitar dichas muertes.

El **senador Ruiz-Esqüide**, señaló que el aborto debe ser tratado de manera integral y no sólo a través de un aumento de penas, con lo que estima que debe aprobarse la idea de legislar, pero sólo con el fin de aprovechar la iniciativa para enfrentar el tema desde una perspectiva más amplia.

Por su parte el **senador Piñera** manifestó no estar de acuerdo con la idea de legislar y propuso solicitar al Gobierno que presente un proyecto de ley sobre aborto en que se aborde el problema más profundamente. Sus razones fueron que el objeto principal del proyecto de ley era aumentar las penas asignadas al aborto, cuando en su concepto, la materia debatida exigía ser

43

“(…) el aborto en un sentido jurídico penal, consiste en dar muerte al producto de la concepción, siendo el bien jurídico protegido la vida del embrión.” Ver Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 329ª, Ordinaria, Sesión 16ª, martes 2 de agosto de 1994, pág. 2368.

tratada desde un enfoque diverso. En su concepto el aumentar las penas, ya altas actualmente, no soluciona el problema y estimó que se debía realizar un trabajo de mayor acuciosidad en que el Estado asumiera un rol más activo.

Luego, expuso ante la Comisión la **Directora del Hospital Dr. Sótero del Río, doctora Lorna Luco**, quién manifestó su opinión sobre el proyecto y luego se refirió a algunos antecedentes relativos al tema del aborto obtenidos en el Servicio de Salud Metropolitana Sur Oriente.

En cuanto a lo primero, manifestó su acuerdo con el cambio de párrafo propuesto y con el hecho de aumentar las penas a terceras personas o al facultativo involucrado en la realización o cooperación con la realización de un aborto pues, estimó, en su actuar existe alevosía, ensañamiento, premeditación y lucro con una situación de desgracia. Sin embargo, al referirse a la situación de la mujer, señaló que la aplicación de pena a la madre no debería ser considerada por el legislador como alternativa para la solución del problema del aborto. Manifestó que:

- son muchos los factores que están involucrados en el rechazo a la maternidad;
- debe ser la prioridad en toda legislación relacionada con el aborto que tenga como fin último la defensa de la vida, el proteger y educar a las madres que se han sometido o están en riesgo de realizar maniobras abortivas.
- cabe preguntarse el impacto que puede producir en la mortalidad materna la latencia prolongada o no consulta de una mujer frente a la presencia de complicaciones post aborto, si ella percibe el riesgo de ser denunciada y condenada por la justicia. Esta afirmación, señala, puede ser ratificada por profesionales de la maternidad del hospital Sótero del Río.
- en algunos casos la consulta precoz y la tecnología disponible en la actualidad han permitido convertir el suceso en aborto frustrado y ofreciendo ayuda a la madre se le ha podido orientar hacia las alternativas de apoyo de la red social, muchas veces ignoradas u omitidas.
- el aborto debe ser incorporado a la discusión de la sociedad, así como lo han sido los temas del maltrato infantil y la violencia intrafamiliar.
- El aborto no debe ser reducido a ser un problema de la mujer y desentendimiento del hombre, lo que resulta discriminatorio y nefasto. Es preciso educar al hombre para que asuma su paternidad.

En cuanto a lo segundo, manifestó que históricamente la magnitud exacta del aborto ha sido desconocida. Señala que con antecedentes de las últimas décadas podemos concluir que el número de abortos es tres veces mayor que el número de hospitalizaciones que se registran con ese diagnóstico, porque se estima que sólo un tercio de quienes recurren a un aborto inducido deben ser hospitalizadas. Mostró las cifras obtenidas por una encuesta realizada en 1983 a 1480 mujeres egresadas de la maternidad del Hospital Dr. Sótero del Río con diagnóstico de aborto:

- tasa de aborto general: 15,8 abortos por cada 100 partos para ese año
- el mayor porcentaje de abortos se registró en mujeres de más de 25 años, aumentando en mujeres con dos o más hijos.
- mayor número de abortos en madres casadas, que representaban el 75% de la muestra junto a las madres convivientes.
- un 39% fue calificado como aborto séptico por el profesional que atendió a la paciente, pero sólo el 27% de estas pacientes reconoció haber realizado maniobras abortivas.

Luego añadió que estos porcentajes han variado en la actualidad, porque hoy se atiende mayormente a adolescentes, en edad escolar, con pareja ocasional. Apuntó que desde 1980 el número total de abortos tiene una tendencia a la baja, pero explicó luego, que ello no necesariamente implica una menor frecuencia de los casos, pues hay que considerar el hecho de que la población femenina tenga a acceso a lugares más “profesionalizados”, lo que transforma el aborto en un procedimiento de bajo riesgo y sin complicaciones, con lo que la mujer no llega al hospital salvo que hayan graves complicaciones.

Finalmente, la expositora estima que se trata de una ley cuya aplicabilidad presente y futura no resultará equitativa, afectando mayormente a mujeres de escasos recursos; agrega que desincentivar el aborto por medio de medidas punitivas debe ser revisado, pensando que se está frente a un hecho que es un indicador de una demanda de planificación familiar no satisfecha; y estima que se debe poner hincapié en políticas de promoción de un embarazo deseado, la formación sobre sexualidad y reproducción, la información sobre métodos anticonceptivos, la estimulación de la participación de la pareja masculina en el proceso, etc.

Por su parte el **doctor Pablo Lavín, del Hospital Barros Luco Trudeau**. Está de acuerdo en combatir el aborto. Estima que Chile ha demostrado alguna experiencia en esta materia desde 1967 cuando se implementan oficialmente las actividades de planificación familiar, las tasas de mortalidad materna bajan enormemente. Es por ello que en concepto del doctor Lavín, ya se sabe cómo combatir el aborto, y por eso, está en total desacuerdo con la idea

de atacarlo por la vía del aumento de la penalidad. Mucho mejor camino resulta la educación, la anticoncepción y abrir las puertas a la planificación familiar.

Posteriormente expuso la **matrona Carmen Hernández**, integrante del equipo profesional que durante tres años desarrolló en el Hospital Regional de Temuco un proyecto de investigación, tendiente a mejorar la calidad de la atención de las mujeres de la novena región ingresadas al servicio de Gineco-Obstetricia del Hospital por un aborto incompleto. Señala que un 90% de los países del mundo cuentan con políticas que permiten el aborto en diversas condiciones jurídicas, para salvar la vida de las mujeres. Chile se encuentra entre los países que penalizan el aborto y también, desde 1989, entre los 14 países que penalizan el aborto terapéutico⁴⁴.

De otro lado, siendo el aborto una práctica controvertida a nivel social, médico y personal, las mujeres que toman la decisión de abortar están expuestas a fuertes sanciones morales, sociales y penales debido a las condiciones restrictivas del medio. La experiencia mundial demuestra que, a pesar de la actitud punitiva que se asume frente al aborto, no se evita que las mujeres recurran a él, ni contribuye a la prevención del embarazo no deseado, sino que puede constituir un importante motivo de conflicto para muchas mujeres. Lo anterior cuestiona el tratamiento tradicional dado al tema del aborto y debería llamar la atención sobre la necesidad de enfrentar esta problemática con una verdadera intención preventiva y no punitiva. Agregó que una proporción significativa de los abortos se realizan en malas condiciones, lo que causa el fallecimiento o lesiones permanentes de las mujeres afectadas.

Cree que los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían: 1) incrementar su compromiso con la salud de las mujeres; 2) ocuparse de los efectos en la salud de los abortos realizados en malas condiciones, como un problema de salud pública; 3) dar mayor atención a las necesidades de salud reproductiva de adolescentes y jóvenes, asimismo estima de suma importancia el que exista acceso a una atención post-aborto de alta calidad⁴⁵.

A su turno el **doctor René Castro, representante del Ministerio de Salud**, señala que no se pronunciará sobre los aspectos jurídicos del problema, pero si le parece relevante tener

⁴⁴ De acuerdo a un estudio de 1999 sólo en dos países se prohíbe el aborto terapéutico: Chile y Haití. En Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, op.cit.

⁴⁵ Continúa exponiendo la experiencia del proyecto llevado a cabo en el Hospital regional de Temuco, cuestión que no cabe mencionar aquí, pero que puede consultarse en el Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 4ª miércoles 10 de junio de 1998, pág. 521 y ss.

presente las responsabilidades compartidas en la decisión de realizarse un aborto⁴⁶. Agregando algunas consideraciones en cuanto a las propuestas del proyecto, se mostró de acuerdo con que el aumento de penas a terceros que intervienen pueda ser una forma de desincentivo a quienes incurren en esta práctica, pero estimó que puede incidir en aumentar los costos de la prestación debido a los mayores riesgos en que incurriría el facultativo; y en relación a las actitudes de la mujer que se somete a un aborto, informó que la mayoría de los estudios coinciden en que la decisión de abortar se adopta en condiciones muy dramáticas para la mujer, por lo que agregarle drásticas sanciones representa mayor sufrimiento y consecuencias adicionales sobre la estructura y dinámica familiar.

Luego, hace consideraciones en cuanto a la magnitud del aborto inducido, que es considerada como un indicador de demanda de servicios anticonceptivos no satisfecha por distintas razones. La estrategia fundamental para reducir las consecuencias de este problema es la planificación familiar, en la que Chile tiene una experiencia de 30 años. A este respecto menciona dos conferencias internacionales en la que Chile ha participado y definido su postura. En primer lugar la Conferencia Internacional sobre Planificación y Desarrollo en El Cairo (1994) donde la posición oficial de Chile fue: no al aborto si a la planificación familiar, basada en el concepto de paternidad responsable que permita lograr embarazos y nacimientos deseados libremente por ambos padres.⁴⁷ Luego menciona el documento que define la posición de Chile ante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), donde se señala que Chile comparte el concepto de salud reproductiva propuesto por la Organización Mundial de la Salud⁴⁸.

A continuación la **senadora Carrera** consulta a los especialistas presentes, antecedentes en cuanto a las consecuencias prácticas derivadas de la prohibición de realizar abortos terapéuticos. “ (...)Al respecto, los especialistas señalaron que existen centros médicos que ante complicaciones del embarazo y conscientes de la citada prohibición esperan que se produzca un

⁴⁶ Cita al Papa Juan Pablo II, quien en su Carta a las Mujeres, de fecha 29 de junio de 1995 dice: “(...) la opción del aborto, que es siempre un pecado grave, antes de ser una responsabilidad de las mujeres es un crimen imputable al hombre y a la complicidad del ambiente que lo rodea(...)”.

⁴⁷ Cita el párrafo 8.25 del Plan de Acción aprobado en dicha conferencia que Chile compartió: “En ningún caso el aborto puede ser promocionado como un método de planificación familiar (...) La prevención de embarazos no deseados debe tener siempre la más alta prioridad y cada acción debe ser realizada para eliminar la necesidad del aborto (...)”. Ver cita completa en Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 4ª miércoles 10 de junio de 1998, pág. 521 y ss.

⁴⁸ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 4ª miércoles 10 de junio de 1998, pág. 532 último párrafo.

aborto espontáneo o bien dilatan su acción hasta que la situación se complique en gran medida, lo cual significa exponer la vida de la madre innecesariamente. Es decir, teniendo por un lado la vida de la madre, y por otro, la muy dudosa vitalidad del ser que lleva en su vientre –en ocasiones huevos infectados de menos de veinte semanas- debiera optarse por la vida en sí, esto es por la de la madre, más aún considerando que los avances tecnológicos permiten conocer la viabilidad de un ser de pocas semanas de vida (12 a 14 semanas). Por otra parte agregaron que la derogación del aborto terapéutico ha significado una disminución muy menor del número de abortos, incluso, según sus datos, al año 1989 no habían más de 90 abortos terapéuticos anuales (...).”⁴⁹

Entre las opiniones recibidas por escrito en torno al proyecto, cabe mencionar la opinión del **Cardenal Arzobispo de Santiago don Carlos Oviedo**, quién expresó estar de acuerdo con mantener al aborto como delito porque significa dar muerte a un ser humano indefenso en el seno de su madre y en su concepto la vida debe respetarse por la legislación.

El **Director Nacional de Gendarmería** envió un informe entregando antecedentes relativos a las características de la población penal que ha incurrido en delito de aborto, capacidad instalada para recibir nuevos detenidos por períodos prolongados y existencia de planes para construir nuevas cárceles de mujeres. Informó que: a) la condición social de las internas que cumplen pena por delito de aborto no ha sido estudiada; b) la capacidad instalada para recibir a las detenidas o presas es apenas suficiente para la población actual, así por ejemplo menciona que en la Cuarta Región la infraestructura existente se encuentra saturada; c) salvo contadas excepciones, las cárceles de mujeres no existen y siguen siendo secciones dentro de los establecimientos de varones, lo que limita las responsabilidades de desarrollo de ellas. Agregó que en su concepto, internar a mujeres en unidades penales crea un nuevo problema social, que es dejar más niños abandonados en hogares sin madre y recomienda mantener la penalidad en niveles tales que permita a las condenadas por aborto a acceder a las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley N° 18.216.

La **doctora Tegualda Montreal** estableció su opinión, en cuanto a que no son las medidas punitivas las que van a resolver el problema del aborto. A las razones económicas, se agregan las razones de trabajo, ya que cada vez más mujeres se incorporan al campo laboral donde se exige una maternidad controlada. La única forma de control es mejorando las

⁴⁹

Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338^a, Ordinaria, Sesión 4^a miércoles 10 de junio de 1998, pág. 533.

estrategias de promoción e implementación de programas educativos y de anticoncepción para toda la población. Estimó además, que debiera restituirse la vigencia legal, al menos, del aborto terapéutico.

La **doctora María Isabel Matamala, coordinadora del Colectivo Mujer, Salud y Medicina Social de la Asociación Chilena para las Naciones Unidas** señaló, entre otras cosas, que el proyecto se adscribe a una “(...) particular postura de moral católica, que difiere de otras aproximaciones religiosas. Dicha postura se asienta en la no aceptación de la sexualidad de las mujeres como una dimensión de la vida necesaria de llevarse a cabo sin supeditarse exclusivamente a lo reproductivo; en consecuencia, busca controlarla mediante la culpabilización de su ejercicio y mediante castigos sociales, cuya expresión extrema es la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo (...)”. Después de otras consideraciones finaliza señalando que lo que se debe hacer es discutir otro proyecto de ley, que respete los acuerdos suscritos por Chile, que asegure el pleno ejercicio de los derechos reproductivos y que deje de lado el intento de imponer preceptos religiosos a nuestra sociedad.

3.5.-Continuación de la Discusión General

El proyecto aprobado por las dos Comisiones presentó las siguientes características: se aprobó la nueva ubicación del delito, se acordó el aumento de las penalidades, pero no en el grado establecido, dejando amplia facultad al juez; se aprobaron las multas para cada caso y se desestimó la pena de comiso por ser innecesaria por aplicación de las reglas generales, y la disminución de la pena para la mujer fue rebajada en dos grados en vez de en los tres primeros propuestos. El senador Larraín después de escuchar los distintos informes, estimó que no habría aumento de penalidad para la mujer y que podría aplicársele, por consiguiente, el beneficio del arrepentimiento eficaz.

En la sesión 14ª del 15 de julio de 1998 y en la sesión 20ª del 12 de agosto de 1998, continúa la discusión general del proyecto de ley. Se producen las intervenciones de varios senadores.

3.5.1.- Sesión 14ª, 15 de julio de 1998.

El **senador Larraín** vuelve a exponer su proyecto, en los mismos términos de sus intervenciones anteriores, insistiendo en que el propósito que este persigue es hacerse cargo de la realidad de que la penalidad y el sistema aplicado para perseguir este delito no están dando resultado alguno. A continuación formula algunas consideraciones de fondo acerca de la iniciativa.

En cuanto a la consideración de si el feto es o no persona, señala que desde un punto de vista científico “(...) la concepción empieza desde el mismo instante en que el espermatozoide fecunda al óvulo, puesto que biológicamente se ha creado allí un nuevo organismo, con vida propia diferente de la de sus progenitores (...)”⁵⁰.

Así, como respuesta a quienes dudan de esta afirmación, señala que la duda es “(...) motivo suficiente para no incurrir en conductas reñidas con el respeto que se debe, al menos, a un principio de vida, como lo sostienen aquellos que son abortistas (...)”.

Se refiere a hechos circunstanciales que podrían llevar a la madre a cometer este delito como presiones sociales, etc. pero que nunca justificarían el “quitar la vida a un ser inocente”.

Menciona que existen nuevas justificaciones modernas para el aborto en el concepto de los derechos reproductivos de la mujer, que define como aquellos que permitirían a la madre disponer de sí, de su cuerpo, determinar cuando reproducirse y resolver con libertad el destino de un eventual embarazo. Frente a ellos se pregunta “(...) ¿No hay aquí un disfraz del egoísmo de algunas personas que prefieren contravenir incluso su naturaleza, antes que respetar aquello que es fruto precisamente de la naturaleza? ¿Cómo se puede hablar de “derecho” si éste consiste en quitar la vida a un ser humano? ¿Es esto lo “moderno” que propician algunos nuevos moralistas? (...)”.

Luego se refiere a la responsabilidad de los padres en esta situación, y al rol de quienes practican un aborto, sean facultativos o no, obteniendo lucro por ello. En este punto se refiere a la realidad en que se producen muchos abortos, es decir, a la existencia de abortos clandestinos en malas condiciones que ponen en riesgo la vida de la madre no siendo esto, para el senador, un

⁵⁰

Apoya esta afirmación lo señalado por la comisión de bioética del Colegio Médico al ser consultada “(...) tanto desde el punto de vista biológica como filosófico, no hay ninguna duda de que la vida humana comienza desde el momento mismo de la concepción, es decir, cuando se unen físicamente el espermatozoide y el óvulo para dar origen al cigoto que posee la carga genética (genoma), aportado por ambos progenitores, pero que es única en el nuevo ser y que portará durante toda su vida. El cigoto es biológica y antropológicamente humano (...)”.

motivo de legalización o justificación del aborto “el combate que cabe dar para evitar este riesgo en la vida de las madres es uno solo; impedir por todos los mecanismos posibles el aborto”.

Por otro lado, menciona la “manipulación de la vida humana” subyacente en el aborto, que de algún modo sería un camino para permitir “otras desviaciones” que se han extendido en el mundo, por ejemplo el aborto selectivo⁵¹. Se refiere también a experimentos en que se pone en riesgo directamente la vida o la integridad del embrión, y a la consideración del feto como material biológicamente útil para efectuar tratamiento de tejidos o para trasplantes de órganos.

Finaliza su intervención señalando que no basta el aumento de penalidad para la eliminación del aborto, sino que es preciso adoptar medidas en ámbitos como: la educación, la salud, trabajos de los medios de comunicación, y el tema de la educación sexual para evitar el embarazo no deseado. Así, de producirse éste, debe colaborar con la mujer para que pueda dar a luz y, si no está en condiciones de mantener ese hijo, darlo en adopción.

El senador señor **Muñoz Barra** señala que en Chile habría un retroceso en relación al aborto. Menciona la norma aprobada en 1931, que permitía el aborto terapéutico, y la derogación de esta en 1989, lo que sería contrario a la tendencia del derecho positivo extranjero.

En su concepto, frente al aborto existen dos enfoques: el primero, que no comparte, se sustenta en una concepción conservadora y un tanto dogmática de la moral que busca resolver el problema estableciendo y elevando las penas existentes para los involucrados, sin preocuparse de las causas que mueven a recurrir a este acto. El segundo enfoque, al cual adhiere, señala que la mujer tiene derecho a interrumpir el embarazo bajo las siguientes circunstancias: i) cuando éste pone en peligro la vida de la madre o su salud física o síquica; ii) cuando el embarazo es producto de una violación o incesto; y iii) cuando se presume que el feto nacerá con graves malformaciones congénitas. Así, quienes sostienen esta postura reconocen en la mujer libertad para resolver la continuidad del embarazo en estas circunstancias.

En su opinión, el tema del aborto tiene una connotación moral, por lo que no puede ser justificado por una razón trivial, no obstante, sostiene que “(...) es inmoral que una autoridad como el Estado prohíba y sancione, a través de una ley, la interrupción del embarazo de una mujer -pese a desearlo-, cuando se trata de salvar su vida (...)”.

⁵¹ Se remite a un informe de las Naciones Unidas del año 1991, donde se cita un estudio de 8 mil fetos abortados en un hospital de Bombay, 7999 de los cuales eran mujeres; menciona también otros países como China, Pakistán, etc.

Agrega que incluso el CP reconoce los estados de necesidad justificantes. Considera también que es éticamente sustentable, suspender el embarazo de la mujer traumatizada por haber sido víctima de violación o de incesto, ya que se atenta contra el bien jurídico de su integridad física y síquica, así como también contra el bien jurídico de la libertad sexual, lo que comprometería su futuro como ser humano al llevar la carga de un atropello contra su dignidad de mujer, “(...) en este aspecto, una norma como la propuesta, es discriminatoria contra la mujer, pues mientras la paternidad es asumida voluntariamente, la maternidad debe asumirse incluso como una fatalidad. De modo contrario, la legislación chilena le aplica drásticas sanciones. (...)”

Considera además que el que el Estado opte por una sola concepción moral teológica es cuestionable, ya que vulneraría la libertad de conciencia y de religión que la propia CPR establece.⁵²

En cuanto a si el aborto significaría o no respetar el derecho a la vida de un individuo humano, señala que si bien el feto es un organismo vivo, no es una persona en el sentido que establece nuestro marco jurídico, ya que es persona el ser que ha nacido vivo, y sólo ahí es sujeto de derechos. No por esto el ordenamiento jurídico no debe preocuparse por defender la forma de vida que es el feto, pero esta protección no puede significar privilegios a favor de una “potencialidad vital” en relación al derecho a la vida y salud integral de la mujer.

Finaliza su intervención concluyendo que el Estado y la sociedad deben impulsar la plena vigencia de los derechos reproductivos, entendidos como: “(...) información y conocimiento adecuados y suficientes acerca de la sexualidad y la reproducción; información en cuanto a los beneficios y riesgos de medicamentos y tratamientos quirúrgicos; conocimiento del propio cuerpo, su aceptación, aprecio y auto cuidado; provisión de servicios de salud general, de sexualidad y de salud reproductiva, incluyendo servicios de contracepción de buena calidad a los que tengan acceso todas las mujeres, de acuerdo con sus necesidades, en todos los momentos de su ciclo de vida; ejercicio de la sexualidad, independientemente de la reproducción, planteado en algunos niveles educacionales; ejercicio de la sexualidad sin riesgo de embarazo no deseado y de contraer enfermedades de transmisión sexual; posibilidad de decidir acerca del tener o no tener hijos; acceso a métodos anticonceptivos seguros y eficaces –en Chile sólo el 22% de la

⁵² Señala que existen discrepancias entre los propios teólogos contemporáneos, en cuanto a si la vida humana existe desde el momento de la fecundación o después de ésta, o si el aborto es aceptable en determinadas circunstancias o no lo es.

mujeres tienen acceso a anticonceptivos en el sistema público de salud-; acceso a la prevención y el tratamiento de las enfermedades del aparato reproductivo; acceso con plena garantía a la atención y control adecuado del embarazo, parto y postparto; acceso a protección efectiva, legal y jurídica, frente a la violencia, sexual; protección afectiva, legal y jurídica, ante los abusos quirúrgicos; desarrollo de la investigación de nuevas tecnologías relacionadas con la reproducción; provisión de información y una legislación adecuada en materia de nuevas tecnologías en reproducción humana (...)⁵³.

El senador **Ominami** comienza su intervención señalando lo terrible del aborto y entiende que es un recurso desesperado. También señala que las posiciones son extremas cuando se toca este tema. Menciona las altas tasas de aborto estimadas en Chile, ya sean oficiales o especuladas. Para el senador la solución correcta no sería considerar sólo los aspectos punitivos y sancionadores, pues el aborto es una tragedia pero la vía penal no es el camino para la solución de este problema, ya que sólo lleva al castigo de las más pobres y no significa una disminución de los abortos, sino que mayores riesgos para las mujeres que los realizan. El problema de fondo no ha sido enfrentado en la mayoría de los países desde una perspectiva de la que sería una buena educación sexual y evitar los embarazos no deseados. Concluye señalando su rechazo a la moción del senador Larraín ya que sólo se incentivan las dimensiones represivas de este drama que se vive en nuestro país. Faltan medidas tendientes a atacar el fondo del problema planteado, solución en la que deben participar los más amplios sectores del país.

El senador **Parra** indica que a pesar de lo largo del debate de esta moción va a votar en contra de la idea de legislar, ya que el proyecto, desde su punto de vista, es innecesario, porque ya existen políticas de planificación familiar además de los programas del Ministerio de Educación; es inconveniente porque el aumento de la penalidad, sólo agrava la dramática situación del sistema carcelario chileno; y es inoportuno porque el catálogo de delitos de nuestra legislación ya es suficientemente extenso y porque ya se está llevando un proceso de modernización del sistema judicial, que debería ser parte de la modernización de la legislación penal y de la necesaria reformulación de la política criminal con que se ha estado actuando. Agrega que el asunto no debe ser abordado por esta vía.

El senador **Moreno** concuerda con que el tema no puede ser enfocado sólo desde el punto de vista que contiene la moción. No cree que nadie en el senado esté en contra de la vida,

53

Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 14ª miércoles 15 de julio de 1998, pág. 1119.

sin embargo se trata de una cuestión práctica. Se realizan pruebas de embarazo mensuales en algunas empresas, por lo tanto es un problema social que se debe normar. Se requiere de mucho coraje para llevar adelante la gravidez, el nacimiento y crianza de un niño, por lo que sugiere que se tome el contexto completo de lo que envuelve el desarrollo de la familia, no tan sólo como un problema de penalización.

Por lo tanto, manifiesta su rechazo no sólo al concepto del aborto, sino a la idea de parcializarlo por la vía del CP y omitir los elementos económicos de la sociedad que inducen al aumento de aquella práctica.

Interviene el senador **Boeninger**, quien se alegra del giro que toma el debate al no tratarse de un simple problema sobre incremento de penas. Coincide en la tragedia que es el aborto, sobre todo considerando los casos de violación, violencia intrafamiliar y la serie de tragedias que determina el recurrir a él. Coincide plenamente con el discurso de Ominami, ya que le parece que la política más eficaz en contra del aborto es la prevención activa.

El único efecto del aumento de la penalidad, será el incremento del costo del aborto. Este senador se reconoce de acuerdo con los derechos reproductivos de la mujer, dentro de ciertos marcos reglados. También reconoce la amplitud de valores que existen en un país, por lo que si existe una diversidad tan grande, ésta debe reconocerse no pudiendo adoptarse posiciones dogmáticas respecto de los valores propios. Se debe reconocer como mínimo, la posible validez de los valores de los otros. Las legislaciones deben tender a ser más bien menos restrictivas para poder contener esta pluralidad. En consecuencia se declara totalmente contrario a la moción que se propone e invita a efectuar un debate a fondo sobre el tema.

El senador **Bombal** señala que el debate se ha basado en casos límite lo que simplifica mucho los términos. El mérito de este proyecto para este senador es el reconocimiento ya preceptuado, por la CPR, de que la criatura concebida y no nacida es un ser humano. El proyecto se hace cargo del drama social que lleva a tal situación al castigar a los que lucran con esta actividad, pero el fondo de la expresión aborto es el asesinato de un ser inocente. Así, en cuanto a la mujer “(...) siempre le afectará un grado de responsabilidad, puesto de lo que se desprende es precisamente de la vida que ella ha concebido. Por eso, es doloroso y desgarrador y deja secuelas (...)”. Agrega que en el debate se ha puesto énfasis en el drama de la mujer y no en el hecho moral que implica el desprenderse violentamente de ese ser del vientre materno. La criatura tiene un derecho natural a la vida, se le priva de este derecho siendo el más inocente e

indefenso de los integrantes de la raza humana. Así, solicita que se fije plazo para presentar indicaciones.

Comienza su intervención el senador **Martínez** señalando que ya que todos los senadores defienden la vida, lo lógico sería aprobar el proyecto. Arguye que con ello no se resuelve el problema del aborto, pero es una pieza más de una necesidad colectiva. “(...) Los seres humanos, guste o no, necesitan castigo para ciertas conductas, porque van más allá de la naturaleza reflexiva o de la cultura de la persona que comete determinados actos (...)”. Explica que esto es un pequeño aporte para solucionar el problema del aborto, “(...) pero puede bastar para que al menos uno de los 160 mil abortos no se lleve a cabo. Y con eso el senado estará absolutamente pagado en su esfuerzo, y con respeto hacia todas las posiciones de los señores senadores (...)”. Señala que uno de los argumentos del debate ha sido que Chile es uno de los países donde no existe aborto terapéutico y que esto es, ya que no existen hoy casos reales que lo avalen; al contrario, podría prestarse para encubrir abortos eugénicos, etc. En cuanto al derecho comparado, no porque otros países sigan una tendencia Chile está obligado a ello. Por último, la diversidad no significa que no se acepten las posiciones de las personas, ya que todos tenemos algo en común: la defensa de la vida humana que es a su vez la defensa de los derechos humanos, en este caso de un ser humano inocente.

Termina enfatizando que los seres humanos precisamos limitaciones y es justamente lo que hace el proyecto al aumentar la penalidad, con lo cual se declara absolutamente de acuerdo.

La última intervención de la sesión 14^a, es del senador **Zaldívar, Adolfo** quién cree que es necesario pronunciarse sobre este tema dada la realidad actual del país. Por un asunto de políticas coherentes y de coherencia en la normativa del CP, está de acuerdo con el cambio de título del aborto, ello por el bien jurídico en juego. Luego, señala que para la mujer el practicarse un aborto debe ser lo mas cercano al suicidio como experiencia, por lo que no le parece bien aumentar las penas, no cree que por el camino de la sola sanción se vaya a resolver.

Para el senador, el derecho de la mujer sobre su cuerpo debe tener límites al confrontarse con la vida del ser humano que lleva en su seno, pero se trata de un problema de realidad social que no puede ser resuelto sólo por normativa penal. Finaliza declarando su acuerdo con el cambio de título y con la tipificación de ilícitos en que concurren los terceros, actores que hacen un negocio lucrativo con el aborto, contribuyendo a la descomposición de la sociedad.

Por haberse cumplido el tiempo del Orden el Día, queda pendiente la Discusión General del proyecto.

3.5.2.- Sesión 20ª, en miércoles 12 de agosto de 1998.

Esta sesión comienza con la intervención del **senador Fernández**, quién manifiesta adherir a lo señalado en el informe de la comisión ética del colegio médico, con respecto al inicio de la vida. Señala las distintas posturas que no reconocen como válida la teoría por él apoyada. Resalta que es inconducente a la finalidad del proyecto analizar entre posiciones a favor de la vida y a favor del derecho de la mujer a elegir el aborto. Esto, porque los fines que persigue el proyecto debatido, no son establecer una postura, sino que sólo alcanzar los objetivos propuestos (terminar con el aborto como industria de lucro, sancionar severamente a quienes lucran con su comisión, etc.). Continúa su intervención mencionando cada una de las modificaciones propuestas y señalando su aprobación a cada una de ellas. Esto, con argumentos indicados en el mismo proyecto. Luego, interviene para señalar brevemente alguno de los puntos centrales de la moción y concluyendo éste con su aprobación general de la moción. Termina su intervención, señalando la importancia de la modificación propuesta, por incluir una innovación en materia procesal a través del arrepentimiento eficaz. Le parece que la mejor forma de actuar contra el mal del aborto es “(...) facilitando la investigación, única manera de lograr el castigo de quienes ejercen este oscuro oficio (...)”⁵⁴.

Sigue el debate con el **Senador Prat**, quien indica que en realidad quienes esgrimen argumentos en el debate, apoyando la reinstauración del aborto terapéutico, no serían más que “(...) una corriente organizada, estructurada, que parte por usar una terminología que muestra una estrategia para avanzar en su propósito, disfrazando la realidad (...)”⁵⁵. Manifiesta que esta “corriente” realiza una relativización de la acción de abortar, al señalarlo como una necesidad (en relación al aborto terapéutico). Destaca la posición materialista que existe en occidente hoy, que lleva al hedonismo, la que se manifiesta por las políticas sobre aborto y población de algunos países.

También responde a lo señalado en una sesión anterior, respecto del “atraso” de Chile en sus conceptos sobre la materia, en relación a otros países y que “(...) el aporte más relevante que

⁵⁴ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2257.

⁵⁵ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2258.

Chile puede hacer a la comunidad de naciones es justamente, el sentido que da a la existencia, y que se encuentra impreso en nuestra historia e instituciones (...).⁵⁶

Termina su intervención, con una reflexión acerca de cual debe ser el futuro del país, “(...) si mantenerlo apegado a su tradición humanista trascendente, o dejarlo arrastrar a un materialismo que en sus diferentes expresiones recorre hoy el mundo, sin duda que para mal, y no para bien (...)”⁵⁷. Por todo lo expuesto, dice que apoyará la moción del senador Larraín.

Luego llega el turno al **senador Gazmuri**, quien comienza indicando que el debate se ha extendido más allá de los puntos que debería alcanzar. Que la moción propuesta abarca esencialmente el aumento de la penalidad del aborto y que nadie en el curso del debate ha tenido intención de defenderlo. Le parece que ese no es el tema en discusión.

A continuación expresa su decisión de votar en contra de la moción, por no considerarlo la solución adecuada al problema que se plantea. La solución se centraría, enfrentándolo desde otras perspectivas como son: desde la educación sexual, la prevención y un “(...) esfuerzo real de la sociedad (...)”⁵⁸. Refuerza lo planteado al señalar que la propuesta no resolverá problema alguno ya que “dará una mal señal a la sociedad; victimizará más allá de lo necesario a las mujeres que recurren al aborto; va en contra de las tendencias más modernas de la criminología; refuerza cierta idea de que por la vía de punición, del castigo, se modifican conductas humanas más de fondo, todo lo cual representa una visión autoritaria de la ley y la sociedad”⁵⁹. Por lo tanto, al no compartir esa visión, no puede votar a favor del proyecto.

Además señala: “(...) En lo personal, me producen cierta resistencia las invocaciones al alma nacional, a los valores del país, puestos siempre desde cierta perspectiva o desde un único ángulo. ¿Quién tiene la propiedad del alma nacional en un país que desde su formación fue una comunidad diversa, y donde han coexistido distintas tendencias ideológicas, filosóficas y de otra índole? (...)”⁶⁰. Concluye su intervención señalando la necesidad de una discusión profunda, madura y respetuosa de estas cuestiones, que es lo que amerita una democracia.

⁵⁶ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2258.

⁵⁷ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2259.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2260.

Toca el turno al **senador Canessa**, quien comienza reseñando la moción presentada, y que dice que dado el tema en debate, se hace necesario definir una posición ética. Continúa indicando que nada puede justificar moralmente el aborto.

Se refiere a cada uno de los puntos propuestos por el proyecto: en relación al cambio de título se manifiesta de acuerdo, ya que sería la consecuencia de la garantía fundamental amparada por la CPR; al referirse al aumento de penalidad para asegurar que los condenados efectivamente sean privados de libertad, manifiesta su desacuerdo, por una falta de coherencia y proporción entre la sanción y la pena, estas serían muy altas; también manifiesta apoyar la adición de una multa para aquellos terceros que lucran con actividades abortivas; y también aprueba la incorporación de la figura del arrepentimiento eficaz de la mujer que comete o permite su propio aborto.

Ello justificado en que “(...) la persona que incurre en esa conducta, que a fin de cuentas contradice su condición de mujer, además de verdugo de su propio hijo es, también, víctima de su horroroso pecado (...)”⁶¹. Para concluir solicita que una vez que se vote el proyecto en general, se voten separadamente los cuatro aspectos que lo integran.

Luego interviene el **senador Ruiz- Esquide**, quien solicita que se suspenda la sesión por la falta de concurrencia, iniciativa que el **senador Martínez** comparte. Esto dada la importancia del tema. Se le otorga la palabra al senador Larraín quien se manifiesta también de acuerdo con la petición, siempre que se fije un día para terminar el debate. Ello no es posible, ya que habría falta de quórum para tomar acuerdos, de acuerdo al Art. 60 del Reglamento del Senado. Este señala que se requieren al menos 16 senadores para ello.

Por lo tanto comienza su intervención el **senador Martínez**, quien lamenta el bajo número de senadores presentes. Señala que el tema en estudio para él, tiene una relación directa con el estado de derecho y con la concepción del sistema político, la cual se basa fundamentalmente en los derechos humanos. Por ello, “(...) fallaríamos si no contribuimos a que el aborto sea comprendido por la sociedad como un crimen-como lisa y llanamente lo es- y a que no pueda ser disfrazado bajo ningún otro tipo de palabras (...) No hay crimen más grande que

⁶¹ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2261.

aquel que se comete contra el ser inocente (...)”⁶², por lo tanto, manifiesta su apoyo decidido al proyecto.

Con respecto a los puntos ya presentados por los otros senadores, indica que no habría razón para seguir modelos o soluciones extranjeras, ya que la independencia y los planteamientos de enfoques originales son fundamentales. Explica luego que “(...) la naturaleza humana requiere la noción de sanción en el momento en que la razón y la lógica no logran imponerse, o cuando las conductas tienen un sentido reiteradamente negativo (...)”. De esta manera, el aumento de penalidad propuesto por la moción se manifestaría como un paso positivo.

Después de esta intervención se indica que ha llegado la hora de término de la orden del día, pero el **senador Larraín** pide la palabra para solicitar se fije un día para continuar el debate. Interviene el **senador Ruiz-Esquide** quien dice que debe ser definido el día en reunión en comités y no por la sala, ya que este sería el manejo tradicional.

Así, se acuerda proponer a los comités que fijen el día y la hora de la discusión y votación del proyecto, haciendo presente la necesidad de que ello sea dentro de la legislatura ordinaria.

3.5.3.- Sesión 25ª del 1º de septiembre de 1998

En la sesión 25ª del 1º de septiembre de 1998 el proyecto queda para segunda discusión.

⁶² Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 2262.

3.6.- Votación General, Sesión 30 del 15 de septiembre de 1998.

En la sesión 30ª del 15 de septiembre de 1998 el proyecto se encuentra en votación general. Se producen intervenciones de otros senadores, quienes al final de su discurso emiten su voto.

Comienza esta sesión con el **senador Zaldívar**, quien manifiesta que no se hace necesaria la relación del proyecto en debate en esta sesión. Se acuerda iniciar el debate con los senadores inscritos para intervenir, quienes disponen de 5 minutos cada uno para fundamentar su voto.

El **Senador Silva** comienza señalando su participación en la Comisión de Salud que aprobó en general la moción sometida a su conocimiento. Manifiesta su voto contrario a la moción presentada, y que su voto favorable al momento de haber pasado ésta por la Comisión ya referida, se debía a una búsqueda de lograr un debate profundo sobre la materia ya que lo considera un tema tabú y prohibido. Luego se declara contrario al aborto, pero distingue entre acción reprobable y el tratamiento punitivo de ésta.

Continúa su presentación haciendo un análisis punto por punto de la moción. Inicia este análisis refiriéndose al cambio de título del delito, lo que considera de alguna manera inconstitucional, puesto que el título original no se refiere a delitos contra la vida, sino contra las personas. Además, señala que en la misma constitución se establece que el que está por nacer no es persona, ya que encomienda esta protección a la ley. El cambio de título transforma al producto de la concepción en persona, en términos diferentes a los que considera la carta fundamental.

El cambio de status jurídico del producto de la concepción no puede ser modificado por una norma de rango menor. Aún así, no desmerece el valor del feto y señala que “(...) es perfectamente explicable que haya quienes sientan repugnancia ante cualquier tipo de aborto. Ello es de muy respetable sensibilidad moral, pero en modo alguno da derecho a tratar al producto de la concepción como persona; o a quienes estén a favor del mismo, como homicidas o infanticidas. Aún menos admisible es comparar entre pena de muerte y aborto(...)”⁶³.

En cuanto al segundo punto del proyecto, el aumento de la penalidad y agregar la pena de multa para los que intervienen en este delito, se manifiesta contrario al aumento de penas y sin problemas frente al establecimiento de multas. Justifica su oposición a lo mencionado porque

⁶³

Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3394.

“(…) no existen razones de política criminal para aumentar las penas del aborto, sino tan solo para evitar el acceso a beneficios, generando un desorden en la actividad punitiva del estado frente a los delitos contra la vida como el aborto, el infanticidio y el homicidio”⁶⁴. A modo de ejemplo, señala que la comisión más básica del aborto equivaldría en pena a un homicidio simple, y merecería una pena mayor que el infanticidio. “Es decir, la comisión del delito mientras el ser se encuentra en el vientre materno recibiría mas pena que si ya hubiese nacido, y antes de que cumpla 48 horas (…)”⁶⁵.

En cuanto al tercer punto del proyecto, la instauración del arrepentimiento eficaz como atenuante, le parece dudosa su aplicación como figura de atenuación en la persecución de los delitos. Ante todo lo dicho en la sesión, manifiesta su voto en contra.

Inmediatamente comienza la intervención del **senador Hamilton** quien plantea que como demócratacristiano es contrario al aborto, porque es partidario de la vida. En este sentido, “(…) Estamos por proteger la vida del que está por nacer. Estamos a favor de la cultura de la vida (…)”.

Primero, le parece al senador que el proyecto no apunta a las causas del aborto, ni tampoco que sea una solución. Comienza señalando su opinión acerca de cada punto contemplado en el proyecto. Así, con respecto al cambio de título, se manifiesta de acuerdo con lo señalado en el informe emitido por Ministerio de Justicia en el sentido de cambiar el delito de aborto de título, dado el bien jurídico protegido.

En cuanto al aumento de las penas propuesto, además de compartir las opiniones del senador Silva al respecto, vuelve a resaltar las opiniones formuladas en el informe del Ministerio de Justicia, en cuanto a las nuevas tendencias de la criminología que no ven como medidas eficaz el aumento de las penas privativas de libertad, ya que no cumplirían una función resocializadora.

En relación a la revisión de las penas de terceros que participan en la comisión de estos delitos, mantiene la idea de que los aumentos de penalidad para sancionar este delito no son la solución real y efectiva, más aún, que hace falta un debate general que para el senador llevará a conclusiones muy distintas de las que arroja el proyecto en cuestión. Concluye señalando que no puede votar por estar pareado con el **senador Urenda**.

⁶⁴ Idem nota anterior.

⁶⁵ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3395.

Llega el turno de la intervención del **senador Díez** quien resalta su voto a favor del proyecto, por las razones que a continuación señala. Cree que el aborto no es un delito en contra del orden de las familias, ya que puede ser cometido por mujeres solteras también. Luego señala que “ (...) El aborto es, claramente, un atentado contra una vida: contra la vida de quien esta por nacer. Y al decir relación a la vida, dice relación a las personas (...)”⁶⁶. Por lo tanto está de acuerdo con el cambio de título, ya que para él un atentado contra la vida nunca dejaría de ser un atentado contra las personas.

Le parece conveniente el aumento de penalidad para quienes causan el aborto y para quienes hacen de él un negocio lucrativo. Señala compartir plenamente las ideas del autor, las que podrían traducirse en una mejor redacción.

Luego, comienza la intervención del **senador Martínez**, de la siguiente manera: “Señor presidente, tolerancia cero”. Esto, en atención a la gran preocupación de la sociedad por la delincuencia, e incluyendo al delito del aborto en estas políticas, ya que se trataría también de un delito contra las personas, objeto por lo tanto de ellas. Además, señala al feto como el ser más indefenso de todos. Por lo que justifica plenamente todos los puntos promovidos por el proyecto.

Para concluir, vuelve a referirse a la supuesta vinculación de las políticas de tolerancia cero, que para el senador tendrían directa aplicación al delito de aborto. Ve entonces el proyecto, como una medida en pos de la aplicación de la tolerancia cero a este delito. Finaliza recalcando “(...) no existe crimen más abominable que el quitar la vida a un inocente que no tiene ninguna posibilidad de defensa (...)”⁶⁷.

El **senador Zaldívar** inicia su intervención afirmando que no quiere guardar silencio frente a este proyecto, que está dispuesto a apoyarlo pero no por estar a favor o en contra del aborto, sino por una necesidad de revisión a la legislación penal chilena. Señala que el aumento de penas a la mujer que aborta, no debería ser tal, ya que eso es mas bien objeto de la moral de su propia conciencia. Coincide a su vez con el cambio de título del delito en cuestión, pero le parece que no se justifica la tramitación de una iniciativa para ese solo efecto.

Señala que pese a ser contrario al aborto “(...) no estoy de acuerdo con algunos planteamientos hechos aquí en cuanto a que la vida de una persona surge al momento en que su

⁶⁶ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3396.

⁶⁷ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3397.

madre da a luz. Creo que la vida de un ser humano se produce desde el instante mismo de su concepción (...)⁶⁸.

En cuanto al aborto terapéutico, cree que no hay tal, y que no nos correspondería como seres humanos, determinar en términos científicos o biológicos que es lo que pueda suceder con el ser que esta por nacer.

A su juicio, este tema se debe enfocar desde otra perspectiva, protegiendo a la madre y eso se lograría fundamentalmente favoreciendo la maternidad⁶⁹.

Este favorecimiento de la maternidad, para el senador, se traduce en medidas de protección y apoyo a la mujer al iniciar su embarazo, en el que debe sentirse respaldada y no condenada “(...) porque las personas la miran mal o porque su imagen queda deteriorada (...)”⁷⁰. Así, destaca como medidas que favorecen la vía que él señala como correcta para tratar el tema del aborto: la aprobación de la ley de filiación, el regular la situación laboral de la mujer embarazada. Concluye con lo siguiente “(...) soy contrario al proyecto, no por estar en desacuerdo con su espíritu, sino por no ir a la raíz del problema: hay que legislar para favorecer, potenciar y respetar la vida; y a través de la legislación propuesta no se logra (...)”. Por último, manifiesta que por estar pareado con el señor Novoa, no podrá ejercer su derecho a voto.

Sigue la sesión con la participación del **senador Boeninger**, quien comienza manifestando lo indeseable del aborto y a su vez, el rechazo hacia el proyecto, por ser este ineficaz a su parecer, en la tarea de disminuir los abortos. Más aún, le parece una iniciativa injusta y discriminatoria.

Es ineficaz al parecer del senador, porque la causa del aborto radicaría en el embarazo no deseado, porque lo que correspondería sería reducir este tipo de embarazo. Ello se lograría en virtud de una serie de medidas como educación sexual, acceso a planificación familiar y en particular la legitimación más plena del uso de anticonceptivos. Los problemas sociales y culturales no se arreglarían con las medidas propuestas.

Por otro lado, señala algunas consecuencias de la aprobación del proyecto en debate, que serían un aumento del costo del aborto y una disminución de los niveles de calidad en la atención del mismo, con lo que las mujeres penalizadas serán las de menores condiciones económicas.

⁶⁸ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3398.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

En cuanto al arrepentimiento eficaz, cree que se generarían desconfianzas en los sectores populares, ya que serían los mismos miembros de la comunidad los que entregarían la información para realizar un aborto, y que en definitiva se verían afectados con la deslealtad de las beneficiadas con él. Concluye insistiendo en su rechazo a la moción.

La intervención del **senador Cordero**, comienza agregando aspectos al tema del aborto además de los jurídicos, como serían los morales, sociales y éticos. También enfatizando la importancia de las medidas educativas y de prevención.

Resalta que además de la función de castigo de la pena, está la rehabilitación del delincuente y la prevención de nuevos delitos, por ello quizás no sea el camino el aumento de la penalidad. Los fines se podrían cumplir por otras medidas ya sean educativas o preventivas en el sector salud.

Así, se manifiesta en desacuerdo con el aumento de penalidad de la mujer, pero a favor del aumento para aquellos terceros o para el facultativo involucrado en esta actividad.

Al referirse al tema del aborto terapéutico dice que esta figura obliga al legislador a optar entre dos bienes jurídicos de igual importancia, la vida de la madre o la vida del niño que está por nacer y dice que “(...) el problema jurídico puntual que se plantea respecto al tema, es que en él subyace una diversa valoración de la vida en su etapa previa y en su etapa posterior al nacimiento (...) ¿Podemos como legisladores establecer que la vida de la madre es más valiosa que la del ser que lleva en su seno? Según los dictados de mi conciencia, la respuesta debe ser negativa (...)”⁷¹. Como se ha acabado su tiempo, termina indicando su voto a favor de la propuesta.

El **senador Bitar** comienza aunando criterios en torno al fondo del tema, el cual sería a su parecer la reducción del número de abortos en Chile. Continúa entregando cifras al respecto y señalando como las más proclives a necesitar de los servicios de salud pública a las mujeres más pobres. Ello, debido a al alto riesgo de las maniobras abortivas a las que se someten.

Para este senador, el proyecto presenta un enfoque represivo simplista⁷², ya que se trataría de una solución ineficaz e inapropiada, que incluso podría incidir en un aumento de procedimientos clandestinos, ya que a su juicio afecta a las mujeres más modestas, y otras pueden acceder a mejores condiciones para su realización.

⁷¹ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3401.

⁷² Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3402.

A su entender existen otros caminos para enfrentar este problema, como serían la educación sexual y planificación familiar. Concluye manifestando su voto contrario al aumento de las penas.

Llega el turno al **senador Bombal**, quien comienza afirmando que es un tema que no se puede afrontar sólo desde las perspectivas de un aumento de la penalidad. Resalta la importancia de considerar al nonato como persona humana y para ello se refiere a una sentencia de la Corte Suprema dictada el 29 de septiembre de 1989 en que se establece “(...) que la falta de pronunciamiento oportuno sobre el subsidio de maternidad causa daño en la salud de la madre, lo que deriva en un peligro para la vida del que está por nacer (...)”. Con este fallo, según el criterio del senador, se reconocería el derecho del que está por nacer. Destaca otro considerando del mismo fallo que señala “(...) principalmente, el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afectan el organismo de su madre (...)”⁷³, concluye el senador a partir de éste, que la Corte Suprema habría pretendido establecer que el ser que está por nacer era merecedor de toda la protección social⁷⁴. También menciona dos dictámenes de la Contraloría General de la República. Primero, el dictamen N° 14.525 de 1992 que señala “(...) que la protección del que está por nacer es una necesidad pública y por tanto es tarea del Estado contribuir a su satisfacción a través de los órganos y procedimientos pertinentes (...)”, estableciendo según el senador una obligación para el servicio estatal en el sentido de brindar protección a una criatura que estaba por nacer.

Continúa agregando otro dictamen emitido por la Contraloría, el N° 25.403 que señala “(...) Por su parte el Art. 19 N° 1, de la CPR prescribe, en lo que interesa, que la ley protege la vida del que está por nacer, es decir, por mandato de la ley suprema es imperativo para el legislador observar reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, constituye una persona en gestación (...) Las disposiciones precedentemente mencionadas en la CPR deben entenderse complementadas a su vez, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por nuestro país mediante decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en el artículo 4° N° 1 señala que : toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en

⁷³ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3403.

⁷⁴ Ibidem.

general, a partir del momento de la concepción (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...)”⁷⁵. Con toda esta jurisprudencia judicial y administrativa el senador pretende confirmar la idea de que la criatura en gestación es persona humana.

Finalmente se manifiesta de acuerdo con el proyecto, pero señalando la necesidad del perfeccionamiento de la figura del arrepentimiento eficaz.

Llega el turno del **senador Vega**, quien comienza resaltando el drama humano que significa el aborto. Le parece que la protección del niño o de la madre deben estar fuera de cualquier discusión y continúa “(...) lo que está en la ley en proyecto no es la cuestión del aborto, sino si el incremento de la de la penalidad disminuye o no ese dramático problema (...)”⁷⁶. Continúa su intervención señalando algunas causas que mueven a la mujer a una decisión como esa, las que podría radicar en falencias de legislación como en el caso la filiación, falencias en el modelo educacional, etc.

Concluye indicando que “(...) los efectos de estas modificaciones podrían ser muy negativos, en especial para la mujer de sectores modestos, donde las circunstancias que llevan a tomar esta decisión son extremadamente penosas y difíciles (...)”⁷⁷. Vota por lo tanto, en contra del proyecto.

Interviene el **senador Núñez**, enfatizando el drama que representa para cualquier mujer el atravesar por un aborto, sobretodo considerando las condiciones de clandestinidad en que este se realiza y el debate interno que acarrea. Señala que en nuestro país la maternidad se ha convertido en una carga, esto sería constatable a través de la diferencia que existe entre los discursos público y la realidad. La principal, manifestación de ello se observa en las diferencias en la responsabilidad de la reproducción entre hombres y mujeres, ya que “(...) son ellas las discriminadas laboralmente por el hecho de procrear (...)”⁷⁸ y a la hora de contratar planes previsionales. También son excluidas las jóvenes estudiantes del sistema educacional, ya que estarían dando un mal ejemplo.

Luego se refiere a datos acerca de las mujeres sobre quienes recae la sanción penal, entregando las siguientes cifras: “(...) 69% de las mujeres son menores de 29 años; 43% de ellas

⁷⁵ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3404.

⁷⁶ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3405.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3406.

tenía pareja estable; 28% tenía menos de 8 años de escolaridad (se trata en general de mujeres con educación primaria o estudios secundarios incompletos); 61% de las mujeres tienen uno o más hijos al momento del aborto (37% tenía más de 3 hijos); 47% de estas mujeres realizaba tareas remuneradas fuera del hogar, desarrollando labores principalmente en el sector servicios, un importante número de ellas se desempeñaban como trabajadoras de casa particular (...)⁷⁹. Dadas estas cifras que reflejan qué mujeres son las afectadas por la penalización del aborto, le parece que el proyecto en debate no tendría las bases necesarias para ser aprobado ni para enfrentar un problema como el expuesto. Por eso, vota en contra.

Viene la intervención del **senador Larraín**, quien es el último inscrito para fundamentar su voto. Luego se continuará con la votación en orden alfabético. Al senador que presentó la moción, le han parecido variadas las opiniones antes expuestas, aprobando algunas y manifestando haber otras que le parecieron “(...) abiertamente favorables al aborto o que niegan la realidad del ser humano al interior del vientre materno (...)”⁸⁰.

Se muestra sorprendido con las opiniones manifestadas por algunos de sus colegas y señala que a pesar de saber que la medida por él propuesta no es suficiente, dice que “(...) si el senado rechazara esta iniciativa, estaría dando un pésima señal al país sobre una cuestión tan delicada(...)”⁸¹.

Luego de volver a mencionar los puntos que abarca la moción, concluye que lo que se está planteando, no sería más que reconocer como persona a quien está en el vientre materno, además de impedir el aumento de la industria del aborto y crear la figura del arrepentimiento eficaz. También apunta a que el fin del proyecto, como queda demostrado al especificar los puntos de él, “(...) no es agravar la situación de la mujer, sino dejarla exactamente igual (...)”⁸².

Así termina su intervención señalando “(...) El rechazo de la iniciativa señor presidente, me produciría una enorme sorpresa; empero, eso no tiene ninguna importancia: creo que la ciudadanía podría quedar muy sorprendida por la ocurrencia de ese hecho en un país que desea dar testimonio de respeto a la vida (...)”⁸³. Manifiesta que por estar pareado y con profunda insatisfacción, no puede votar como hubiese querido.

⁷⁹ Idem nota anterior.

⁸⁰ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3407.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3408.

⁸³ Ibidem.

Continuando con la sesión, y habiendo terminado la última intervención que dará paso a la votación alfabética, el **senador Canessa** se manifiesta a favor de la iniciativa.

Interviene el **senador Cantero**, quien manifiesta su opinión acerca de que el tema del aborto es un tema con una perspectiva mas global, no abarcada por el proyecto y que la señal que se daría de ser este aprobado sería muy restringida. Le parece adecuado el aumento de penalidad para aquellos que lucran con la industria del aborto, además le parece adecuado “(...) cambiar el eje desde una falta a la familia a una falta hacia la persona (...)”⁸⁴.

Dice tener serias dudas, pero en general se manifiesta de acuerdo, aunque dejando en claro que existe la necesidad de introducirse perfeccionamientos radicales y profundos en la materia. Vota a favor, pero es interrumpido por el secretario del Senado, quien le recuerda que se encuentre pareado. Por ello manifiesta no votar.

Corresponde votar al **senador Errázuriz**, quien dice que no queda mucho por decir luego de todo lo expuesto. Califica de difícil la discusión por el tema que es objeto del debate. A pesar de reconocerse como contrario a todo lo que implique aborto, señala que no le gustan las leyes punitivas que aumentan las penas, prefiere normas que incentiven condiciones para desarrollar una mejor maternidad. Resalta, la importancia para el país del desarrollo demográfico junto a la educación. Finaliza emitiendo su voto favorable al proyecto.

El **senador Gazmuri**, manifiesta su voto en contra, fundándose en los argumentos expresados al momento de su intervención.

Toca votar al **senador Horvath**, quien realiza una aclaración en el siguiente sentido “(...) creo que, en el fondo, nadie está de acuerdo con el aborto. De modo que votar a favor o en contra no significa que alguno lo esté favoreciendo. El punto estriba en como prevenir, en como sancionar, en fin (...)”⁸⁵. Le parece que el aumento de la penalidad no es la solución, aunque cree que tiene elementos beneficiosos, principalmente al transformarlo en un delito contra las personas. Y por eso, manifiesta que votará a favor de la propuesta en general. Continúa recalcando que la verdadera pena se encuentra en la conciencia de las personas que lo cometen, que no serían solo las madres. A continuación, procede a leer un semanario publicado en la 5ª región, titulado Alba, y que se funda en el testimonio de una madre, el que no será transcrito por razones de espacio y tiempo. Continúa resaltando que se trata de un tema valórico moral, y que

⁸⁴ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3409.

⁸⁵ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3410.

las soluciones también comprenden la defensa de la maternidad y la educación sexual. Reitera que su voto a favor se funda en el cambio de título propuesto.

Se pronuncia a continuación la **senadora Matthei**, quien se muestra contraria al aumento de penalidad para las mujeres que abortan, pero que aprueba las severas sanciones que afectan a los terceros que lucran de esta actividad y del cambio de título. Ve con preocupación la poca protección que se presta al feto, en cuanto a sus derechos humanos y dice “En verdad, no justifico a la mujer que comete aborto. Y se podrán dar muchas razones en cuanto a que la “pobrecita” no habría tenido cómo mantener a la criatura, a que iba a perder la pega. Todo ello lo debió haber previsto antes de quedar embarazada (...) Porque es muy fácil engendrar un hijo, muy entretenido, muy simpático- lo que se quiera- ¿pero que sucede con la responsabilidad posterior? (...)”⁸⁶. Ante lo expuesto, vota favorablemente el proyecto.

Sigue con la votación el **senador Parra**, quien dice continuar oponiéndose al proyecto, pero que desea protestar porque se ha pretendido establecer como opiniones favorables al aborto a aquellas que discrepan del proyecto; continúa señalando que no ha escuchado ninguna defensa de la interrupción del embarazo. Termina invocando el desarrollo de mecanismos eficaces. A continuación vota en contra del proyecto.

El **senador Pérez** continuando con la intervención anterior, se muestra de acuerdo con que nadie se ha manifestado a favor del aborto “Gracias a Dios”⁸⁷. Pero recalcando la necesidad de enviar una señal. Por ello vota a favor del proyecto. Luego, hace un paralelo acerca de dos sentencias norteamericanas, una referida a la esclavitud y la otra al aborto emitida 120 años después, encontrando como punto común a ambas, la visión de la propiedad del amo sobre la vida del esclavo y la de la mujer sobre la vida del feto. Manifiesta que acentúa esto dado que los tiempos han cambiado, en algunos casos para peor y en otros para mejor. Concluye recalcando que hace suyo el punto de vista de lo planteado por el senador Larraín, y que vota a favor del proyecto.

Toca el turno por orden alfabético al **senador Pizarro**, señalando su posición contraria al aborto. Manifiesta su opinión en este sentido para que no sea interpretada de otra manera. No habría dudas para este senador acerca de la protección del derecho a la vida y de las condiciones necesarias para resguardarla. Le parece que el punto central de esta discusión es el aumento de

86

Idem nota anterior.

87

Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3412.

las penas y que por lo tanto se debe analizar si esta medida ayuda de alguna manera a evitar la cantidad de abortos.

Responde al argumento esgrimido por algunos senadores, en el sentido de dar señales y se cuestiona de si el aumento de penalidad es realmente una buena señal. La respuesta a esta reflexión que el mismo senador plantea es negativa, ni siquiera necesaria en la sociedad actual. Se refiere a expresiones emitidas durante el debate al discutir la tolerancia cero, lo que le parece mas grave aún, ya que esta expresión conllevaría a una idea de represión “(...) frente a un tema en que ello no resulta procedente. Lo que corresponde es crear condiciones para que el aborto no se produzca. Y menos cabe reprimir a la mujer, que, a la larga, se transforma en la gran víctima de la situación del embarazo no deseado (...)”⁸⁸. Luego se pregunta “(...) si realmente las mujeres, ante las posibilidades de un embarazo no deseado, se hallan suficientemente educadas, informadas y maduras como para ser responsables total y absolutamente de sus actos y de las consecuencias posteriores (...)”⁸⁹. Le parece que no. Concluye indicando como mejor señal, todas aquellas medidas tendientes a crear una verdadera educación sexual. Vota en contra.

Interviene el **senador Sabag** entregando cifras oficiales del año 1990, en que la cantidad de abortos inducidos en Chile alcanzarían la cifra de 159.650, es decir uno de cada tres embarazos. Por otro lado, señala que las muertes maternas como consecuencia del aborto inducido y realizado clandestinamente, oscilaría entre 30 y 40 decesos cada año, lo que representa un tercio de muertes maternas en el país. Estas cifras, de acuerdo al senador, fueron entregadas por la autoridad sanitaria en el seno de la Comisión.

Manifiesta traer las cifras a la palestra para graficar la magnitud social del problema del aborto. Por ello, le parece difícil que un simple aumento de las penas, pueda lograr disuadir de la realización de abortos. Además, en la mayoría de los casos en que se lleva a cabo este delito, se trataría de personas influidas por una serie de factores sociológicos y socioculturales.

No pretende el senador justificar el aborto, ya que lo esencial es siempre la protección de la vida humana y señala que “(...) es dable pensar que realmente no tenemos derecho a optar entre el problema social de la madre soltera y a la vida del que esta en su seno. Tal vez el primero sea menor y remediable; pero con toda seguridad la segunda es más valiosa, pues

⁸⁸ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3412.

⁸⁹ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3413.

implica una muerte provocada (...)”⁹⁰. Ante todo lo planteado, estima que no solo es necesario dictar un nuevo catálogo de mayores penalidades, sino también mejorar la educación sexual de los jóvenes en la enseñanza y transmisión de valores para una paternidad responsable. Dice que hay que respetar la vida y la salud, tanto de la madre como la del feto y que garantizando las condiciones planteadas se podrán respetar ambos derechos.

Finaliza la fundamentación de su voto señalando, que tanto el estado como las familias, deben hacerse cargo de la madre abandonada. Vota en contra.

Siguiendo con el orden el **senador Stange**, quien a pesar de estar pareado, manifiesta que por tratarse de un tema de tanta importancia como es el aborto debería aprobarse en general la moción presentada, para así poder discutirlo con mayor detenimiento en el siguiente trámite. Lamenta no poder votar.

En la penúltima intervención, el **senador Viera Gallo** comienza haciendo hincapié en la importancia de la ley y el derecho en este debate, para resolver o al menos orientar a la sociedad en un tema tan complejo. Pone de relieve que en nuestra sociedad el aborto es un tema que no se debate, además de ser muy pocos los procesos y escasas las personas condenadas por ese delito. Considera que el marco de soluciones a tan complejo tema es más amplio que el que abarca el proyecto, ya que el sólo punto de vista penal es insuficiente.

Como segunda idea, señala que quienes están en contra del aborto, extreman posiciones al sostener que desde el momento mismo de la concepción existe ya la persona. No está de acuerdo con esto, ya que existiría un rito de incorporación del ser humano a la sociedad, en que se le reconoce como persona, así “(...) actualmente nadie podría pensar en bautizar a las personas si así se la estima desde el momento de su concepción. Nadie plantea o ha planteado que los fetos sean objeto de bautismo (...)”⁹¹ mostrando el bautismo como rito religioso de aceptación a la comunidad y que tiene lugar una vez ocurrido el nacimiento. No por ello desmerece el valor de la vida del que está por nacer, pero no como para llamarlo persona.

También le parece exagerada la posición feminista que afirma que la mujer es dueña de hacer con su cuerpo lo que le parezca. Está en desacuerdo con esto porque ya existiría un germen de persona.

⁹⁰ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3413.

⁹¹ Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3414.

No puede dejar de lado, según manifiesta, el drama humano de la mujer que atraviesa por esta situación, y que lo que correspondería a la sociedad es mostrar comprensión.

Termina señalando que los proyectos que se presentan, enfocan el problema solo desde un punto de vista penal, que es completamente ineficaz en la sociedad actual y que “(...) pueden provocar un efecto contrario al que buscan sus autores, es decir, despertar en la sociedad un gran debate sobre la despenalización del aborto (...)”⁹². Vota en contra.

En la última intervención de la votación, el **senador Zurita** comienza preguntándose si acaso esta moción, supera al actual sistema que penaliza el aborto y que si de aprobarse logrará disminuir sus tasas. Le parece que el cambio de título es de dudosa constitucionalidad y que la única modificación necesaria sería rebajar las penas a la mujer que consiente o se causa el aborto. Sostiene que el sistema de procedimiento penal es completo, ya que ninguna figura se escapa, cambiarlo por otro con penas mas graves no le parece solución y por eso vota en contra.

El **Vicepresidente, senador Ríos** declara terminada la votación y se rechaza el proyecto por 15 votos en contra, 13 a favor y 8 pareos. Votaron por la negativa los señores Bitar, Boeninger, Foxley, Gazmuri, Núñez, Ominami, Parra, Pizarro, Ruiz (don José), Sabag, Silva, Vega, Viera Gallo, Zaldívar (don Andrés) y Zurita.

Votaron por la afirmativa los señores Bombal, Canessa, Cordero, Diez, Errázuriz, Fernández, Horvath, Lavandero, Martínez, Matthei; Novoa, Pérez, y Prat. No votaron por estar pareados⁹³ los señores Cantero, Cariola, Hamilton, Lagos, Larraín, Ríos, Romero y Stange.

⁹² Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 30ª martes 15 de septiembre de 1998, pág. 3415.

⁹³ Según el Art. 9 del Reglamento del Senado: “Dos senadores podrán parearse entre sí, previo consentimiento de sus respectivos Comités, obligándose a no participar en ninguna votación o elección, durante el plazo que convengan, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero.” El inciso tercero señala: “El senador que esté pareado podrá votar sólo cuando el Comité del otro senador lo autorice.”

E) Proyecto de ley que modifica en el Código Penal el delito de aborto (2002).

1.-Presentación del Proyecto:

Boletín "2978-07"

Fecha	20/06/2002	Origen	Diputados
Iniciativa	Moción	Estado	En trámite
Comisión	CONSTITUCION, LEGISLACION Y JUSTICIA		

Materia Modifica en el Código Penal el delito de aborto

Diputados Patrocinantes

Rodrigo Álvarez Z. (UDI)	Eugenio Bauer J. (UDI)
Marcela Cubillos S. (UDI)	Marcelo Forni L. (UDI)
José Antonio Kast R. (UDI)	Iván Moreira B. (UDI)
Darío Paya M. (UDI)	Felipe Salaberry S. (UDI)
Gonzalo Uriarte H. (UDI)	Ignacio Urrutia B. (UDI)

2.- Contenido del proyecto

Modifica en el Código Penal el delito de aborto.

Esta moción fue presentada en junio del 2002 ante la Cámara de Diputados y se encuentra en trámite, aunque aún no se ha iniciado discusión alguna a su respecto. El proyecto busca trasladar el delito de aborto al título de los delitos contra las personas. Se propone aumentar las penas privativas de libertad y agregar la pena de multa para los terceros que cometan este delito. Incorpora la figura del arrepentimiento eficaz, como circunstancia eximente de responsabilidad de la mujer que comete aborto o permita que se lo causen. Facilita, frente a la no ocurrencia de la hipótesis anterior, que el juez pueda siempre conmutar la pena privativa de libertad impuesta a la mujer, por la realización de trabajos determinados a favor de la comunidad.

NORMA ACTUAL	MODIFICACIÓN	NORMA MODIFICADA
<p>Código Penal, Libro II, Título VII: "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", § 1. Aborto.</p>	<p>Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:</p> <p>1°. Intercálase como párrafo 3 del título VIII del Libro Segundo, el Párrafo 1 del Título VII del mismo Libro, pasando en consecuencia los artículos 342, 343, 344 y 345 a ser artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D, respectivamente.</p> <p>Los actuales párrafos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del referido Título VIII pasarán a ser párrafos 4, 5, 6, 7, 8, y 9, respectivamente.</p>	<p>Código Penal, Libro II, Título VIII: "Crímenes y simples delitos contra las personas", § 3. Aborto</p>
<p>Art. 342 El que maliciosamente causare un aborto será castigado</p> <p>1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.</p> <p>2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.</p> <p>3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere</p>	<p>2º. Sustitúyase el artículo 342, que pasa a ser 394 A, por el siguiente:</p> <p>"Art. 394A. El que maliciosamente causare un aborto será castigado :</p> <p>1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cien a trescientas Unidades Tributarias Mensuales, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.</p> <p>2º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multa de 50 a 100 unidades Tributarias Mensuales, si, aunque no lo ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.</p> <p>3º Con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 300 unidades Tributarias Mensuales, si la mujer consintiere."</p>	<p>Art. 394A. El que maliciosamente causare un aborto será castigado :</p> <p>1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cien a trescientas Unidades Tributarias Mensuales, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.</p> <p>2º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multa de 50 a 100 unidades Tributarias Mensuales, si, aunque no lo ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.</p> <p>3º Con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 300 unidades Tributarias Mensuales, si la mujer consintiere."</p>
<p>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.</p> <p>Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.</p>	<p>3º. Sustitúyase el artículo 344, que pasa a ser 394 C, por el siguiente:</p> <p>" Art. 394C. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Con todo, el juez una vez ejecutoriada la sentencia y en atención a su arrepentimiento y compromiso rehabilitador podrá conmutar siempre la pena por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad. La resolución que conmute la pena, deberá señalar la naturaleza del trabajo a desempeñar, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento, se preferirá siempre a las instituciones que tengan una clara identificación a favor de la vida del que está por nacer. Se intentará siempre hacer compatible esta conmutación de la pena con la jornada laboral de la condenada, dándose preferencia a fines de semana y festivos para efectuar el trabajo comunitario. El incumplimiento de estas obligaciones hará exigible la sanción originalmente impuesta por el solo ministerio de la ley.</p> <p>No se aplicará la pena indicada en el inciso anterior, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto.</p> <p>Se entiende por cooperación eficaz, el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento aludido".</p>	<p>"Art. 394C. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Con todo, el juez una vez ejecutoriada la sentencia y en atención a su arrepentimiento y compromiso rehabilitador podrá conmutar siempre la pena por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad. La resolución que conmute la pena, deberá señalar la naturaleza del trabajo a desempeñar, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento, se preferirá siempre a las instituciones que tengan una clara identificación a favor de la vida del que está por nacer. Se intentará siempre hacer compatible esta conmutación de la pena con la jornada laboral de la condenada, dándose preferencia a fines de semana y festivos para efectuar el trabajo comunitario. El incumplimiento de estas obligaciones hará exigible la sanción originalmente impuesta por el solo ministerio de la ley.</p> <p>No se aplicará la pena indicada en el inciso anterior, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto.</p> <p>Se entiende por cooperación eficaz, el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento aludido".</p>
<p>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.</p>	<p>4º. Reemplácese en el artículo 345, que pasa a ser 394 D, la oración "las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado" por lo siguiente: " las penas de presidio señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado, y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias mensuales".</p>	<p>Art. 394 D. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas de presidio señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado, y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias mensuales".</p>

3.- Fundamentos del Proyecto

3.1.- Fundamentos Jurídicos:

3.1.1.- Constitucionales:

En la presentación del proyecto se menciona el Art. 19 N° 1 de la CPR, como fundamento de la existencia del tipo penal del aborto, al garantizar el derecho a la vida. Señalan además, que el derecho a la integridad física y psíquica de la persona es el complemento directo de esa misma garantía constitucional, pues el derecho a la vida se refiere preferentemente al soporte biológico y psíquico del hombre. Agregan que con la protección de la vida del que está por nacer consagrada en este mismo artículo, se dispuso la protección de la vida desde su mismo inicio.

Hacia el final de la presentación, señalan que el hecho de que hoy el aborto se encuentre tipificado como un delito que atenta contra el orden de las familias y contra la moralidad pública es inconstitucional, pues se trataría de un delito que atenta contra las personas.

Mencionan el Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, tratado internacional suscrito por Chile y publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991 que dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente.”

3.1.2. – Derecho Internacional:

Mencionan el Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, tratado internacional suscrito por Chile y publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

3.1.3.- Legales:

En la misma presentación señalan que las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico son claras, en cuanto a que el derecho a la vida existe desde la concepción. En este contexto es que menciona como ejemplo el Art. 55 del CC⁹⁴, señalando que el producto de la

⁹⁴

Art.55 CC: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.”

concepción es un individuo distinto a la madre y, “obviamente” pertenece a la especie humana, por lo que es en consecuencia persona; agregando luego, que la misma disposición excluye que la edad pueda ser un criterio de distinción del individuo que pertenece a la especie humana para ser considerado persona, concluyendo que existe persona “(...) desde el mismo instante de su concepción. De ello no existe duda (...)”⁹⁵.

3.1.4. – Doctrinarios:

Señalan primero que el bien jurídico protegido es la vida, y que de ello no existe duda alguna en la doctrina. A ello agregan, que es tan claro el que la vida se inicia con la concepción, que cualquier intento por determinar como inicio de ella un momento distinto es arbitrario y contrario a la Constitución Política de la República.

Luego, y como segundo ejemplo de que la vida se inicia en el momento de la concepción, citan la sesión de Sala, de fecha 3 de marzo de 1999, del Senado de la República, donde fue tratado la reforma constitucional que tenía por objeto sustituir en el artículo primero de la Constitución Política de la República la expresión “los hombres” por “las personas”. Transcriben íntegramente la intervención del senador Carlos Bombal Otaegui, quién solicita un acuerdo de la Sala para hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que dentro del término “las personas” se incluye a la criatura concebida y no nacida. Luego interviene el senador Larraín, quien estima que la interpretación que ya se hacía de la norma en cuestión incluía al no nacido, y que alterar el término no altera esta interpretación⁹⁶.

En un análisis posterior de las reformas propuestas, señalan que el cambio de párrafo de este delito se ve como una necesidad de coherencia en la protección de la vida de las personas. Y es esa misma razón la que significa aumentar la penalidad, pues el bien jurídico protegido es el mismo: la vida, no habiendo, en su concepto, diferencia entre la vida humana antes y después del parto. En cuanto a la mujer, estiman que esta también es una víctima de la situación, pero creen indispensable mantener el reproche penal del tipo; admitiendo siempre una salida: el arrepentimiento eficaz y el que el juez pueda conmutar la pena privativa de libertad por la realización de trabajos a favor de la comunidad. La incorporación de estas figuras (en que la

⁹⁵ Ver presentación del Proyecto, sección Anexos, V.1 letra E).

⁹⁶ Ver en el texto de la presentación del proyecto en análisis la transcripción citada. Sección Anexos, V.1 letra E).

mujer deja de ser victimaria y pasa a ser víctima) traerá, según los patrocinantes, un efecto secundario de desincentivar a quienes lucran con el aborto.

3.1.5 – Jurisprudenciales

Mencionan que existen fallos, tanto de los Tribunales Superiores de Justicia, jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que fundan el razonamiento por ellos expresado en cuanto a que la vida se inicia desde el momento de la concepción⁹⁷.

3.1.6 – Derecho Comparado

En la presentación del proyecto no se hacen consideraciones de derecho comparado de ningún tipo.

3.2.- Fundamentos Extrajurídicos.

Científicamente la vida comenzaría con la concepción. Señalan que es en ese momento en que “(...) los gametos dan un salto sustancial en virtud del cual dejan de ser lo que son, comenzando un proceso único e irreversible, el de la vida (...)” lo que daría lugar a la protección constitucional hoy consagrada.

Indican como la mayor novedad del proyecto el tratamiento que se propone para la mujer que incurre en aborto. Se considera que “(...) estamos ante un delito con dos víctimas: el feto y la mujer quien (...) 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 de abortar (...)”. Creen que el reproche penal no es el camino para combatir el aborto, que a la mujer debe dejar de considerársele como victimaria y concederle la categoría de víctima. Sin embargo, mantienen el reproche penal a la mujer y agregan figuras como el arrepentimiento eficaz y la conmutación de la pena.

⁹⁷

Las resoluciones mencionadas no son citadas explícitamente en el proyecto. Al consultar el registro general de Dictámenes de la Contraloría encontramos dos dictámenes que se refieren directamente al tema: Dictamen N° 25.403 de 1995; y el N° 14.525 de 1992. Estas mismas resoluciones administrativas fueron citadas por el senador Bombal durante la discusión del proyecto patrocinado por el senador Larraín en 1994, ver Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 20ª miércoles 12 de agosto de 1998, pág. 3403 y ss. En cuanto a los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia, existen varios en relación al tema, cabe mencionar aquí el citado por el senador Bombal, dictado por la Corte Suprema el 29 de septiembre de 1989.

F) Proyecto de Ley que modifica el Art. 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico (2003).

1.- Presentación del Proyecto

Boletín "03197-11"

Fecha	23/01/2003	Origen	Diputados
Iniciativa	Moción	Estado	En trámite
Comisión	SALUD		
Materia	Modif. el Art. 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico		

Diputados Patrocinantes

Adriana Muñoz D. (PPD)	María Antonieta Saa D. (PPD)
Carmen Ibáñez S. (RN)	Isabel Allende B. (PS)
Enrique Accorsi O. (PPD)	Guido Girardi L. (PPD)
Oswaldo Palma F. (RN)	Arturo Longton G. (RN)
Fulvio Rossi C. (Indep.)	Carlos Abel Jarpa W. (PRSD)

Este proyecto es idéntico, tanto en su proposición como en sus fundamentos, al proyecto presentado en 1991. La modificación propuesta y todos los fundamentos son una transcripción exacta del proyecto presentado en 1991. Es importante destacar que en este caso es patrocinado por parlamentarios tanto del oficialismo como de la oposición. Debido a esto es que el análisis siguiente es similar al de la primera moción analizada.

2.- Contenido del proyecto

Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico.

Se busca con esta presentación la inclusión de una norma que permita el aborto terapéutico en el inciso 2° del Art.119 del CS, requiriendo para su práctica, la opinión médica documentada de 2 médicos cirujanos. Es una reposición de la norma vigente hasta el año 1989, derogada por la ley N° 18826 de ese mismo año.

Norma Actual	Modificación	Norma Modificada
Código Sanitario, Libro Quinto: “Del Ejercicio de la Medicina y Profesiones afines” Art. 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto. (Reemplazado, como aparece en el texto, por el artículo único de la Ley N.º 18.826, de 15 de septiembre de 1989.)	Agrégame al artículo 119 del actual Código Sanitario, el siguiente inciso segundo: Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá de la opinión documentada de dos médico -cirujanos.	Art. 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá de la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.

3.- Fundamentos del Proyecto

3.1.- Fundamentos Jurídicos:

3.1.1.- Constitucionales:

En el considerando N° 9 de la presentación se señala que esta modificación es coherente con la protección a la vida que existe en nuestro ordenamiento jurídico (CPR y CP).

En el considerando N° 11 se indica que con esta norma se busca el cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 19 N° 1, que consagra el derecho a la vida, mediante la posibilidad de evitar una situación de serio peligro para la vida de la madre.

En el considerando N° 12, se dice que durante el período de vigencia de la norma que se busca reponer nunca hubo objeciones de constitucionalidad.

3.1.2. – Derecho Internacional:

No se hace alusión en el proyecto al derecho internacional.

3.1.3.- Legales:

En los considerandos N° 9 y N° 13 se hace mención a la ley penal, por un lado y a la historia de la ley, en el caso de la reforma que se hizo en 1989 al CS.

Se señala que no existe historia fidedigna de la ley 18.826, que derogó el aborto terapéutico el año 1989, que permita conocer de los argumentos y consideraciones del legislador que llevaron a la imposición de esta norma.

Por otro lado, en cuanto a la ley penal se dice que pese a sancionar ciertos hechos atentatorios contra la vida, admite excepciones y a modo de ejemplo menciona que el CP consagra la legítima defensa e incluso “privilegia, en más de una ocasión, la propiedad sobre la vida”.

3.1.4. – Doctrinarios:

En el considerando N° 10 se señala que la doctrina penal y el propio CP, reconocen los “estados de necesidad justificantes”. Es decir, circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor.

3.1.5 – Jurisprudenciales:

No se mencionan en el proyecto fundamentos basados en sentencias.

3.1.6 – Derecho Comparado:

La moción señala el carácter extremadamente excepcional de la norma prohibitiva y de la regulación en general de este tema en la legislación Chilena, lo que ubica a Chile entre los 17 países del mundo donde no es legal la interrupción del embarazo, ni siquiera para salvar la vida materna⁹⁸.

En el proyecto se señala que en derecho comparado, así como en la doctrina penal y el CP, se reconocen los estados de necesidad justificantes, entendidos como circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor⁹⁹.

3.2.- Fundamentos Extra-jurídicos.

Se señalan algunos argumentos de la doctrina médica. En el considerando N° 3 se señala el deber del médico de defender la vida, que se ve confirmado por la Declaración de Oslo, adoptada por la 24° Asamblea Médica Mundial en agosto de 1970 y posteriormente enmendada en Octubre de 1983 por la 35° Asamblea Médica Mundial.

En el considerando N° 4 se señala que la Asamblea Médica establece la práctica de objeciones de conciencia para no realizar dicha intervención, siempre que garantice que un colega calificado continuará dando la asistencia médica.

Se reproduce en el considerando N° 5, el artículo N° 26 del Código de Ética del Colegio Médico que señala: “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”¹⁰⁰.

⁹⁸ Actualmente en República Dominicana se permite el aborto por razones de necesidad. Por lo tanto y de acuerdo a la fuente en uso, hoy sólo dos países quedan con este nivel de restricción en su legislación. En Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, op.cit.

⁹⁹ Los estados de necesidad justificantes y la discusión al respecto, son explicados en la parte crítica de este trabajo, ver infra III.2.5.

¹⁰⁰ Con fecha 14 de diciembre de 2004 fue publicado El Nuevo Código de Ética del Colegio Médico, con lo que esta materia es regulada hoy por los nuevos artículos 7, 8 y 9. Ver en Análisis Crítico, punto III.2.2.

Finalmente en el considerando 6 se dice que de acuerdo a estudios médicos de prestigiados especialistas, existirían patologías que ameritarían la interrupción del embarazo, como sería el caso de rotura de bolsa amniótica, la infección del huevo o la sepsis materna, el embarazo ectópico tubario u ovárico, enfermedades trofoblásticas como la mola, síndrome trombocitopénico trombótico, embolia amniótica pulmonar, hipertensión portal, etc.

Por otro lado, en los considerandos 1 y 2 se anotan algunas consideraciones sociales respecto a la inexistencia de la interrupción del embarazo para salvar la vida de la madre, como son: consecuencias psicosociales para los hijos y la familia en general que produce la pérdida de la vida o de la salud de la madre, así como la gravedad de la situación en que quedan los hijos pequeños cuando su madre, pobre y/o soltera, fallece lo que para ellos significa la internación en un hogar de menores, la vagancia o su allegamiento.

En el considerando 8 se citan encuestas de opinión ciudadana en las que se refleja la opinión de la población chilena en el sentido de que el aborto debe tipificarse como un delito, pero la legislación debe permitir la interrupción del embarazo en situaciones excepcionales¹⁰¹.

¹⁰¹ Se anotan datos estadísticos vertidos en diversas encuestas, por ejemplo, encuesta CERC de octubre de 1989, sobre una muestra representativa nacional de la población urbana y rural de 18 años y más, logro determinar que el “75,8% cree que la interrupción del embarazo debe permitirse por la ley cuando esta en juego la vida de la madre o la criatura vaya a nacer deforme”. El porcentaje subió a 76% cuando la encuesta se hizo en junio de 1991. Cabe tener presente que el 76,5% de los católicos y el 73,9% de los evangélicos, según la misma encuesta, estimó que debe permitirse el aborto sólo en casos de urgencia. En los considerandos del proyecto de Adriana Muñoz. Ver sección Anexos V.1 letra A).

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PROYECTOS

III.1.- Reseña previa:

El análisis que sigue se dividirá en dos partes. En la primera parte se analizarán los proyectos relativos al aborto terapéutico. En la segunda parte se hará un análisis conjunto de los proyectos que proponen aumentar la penalidad al delito de aborto y otras modificaciones al CP, pues presentan características comunes en cuanto a sus proposiciones y fundamentos, si bien ha habido una evolución en respecto a la consideración que hacen de la mujer.

III.2.- Análisis de los proyectos de ley que proponen la reposición de la figura del aborto terapéutico en el Código Sanitario.

El primer proyecto fue presentado por un grupo de diputados concertacionistas, encabezados por la diputada Adriana Muñoz el año 1991. En el año 2003, se presenta el mismo proyecto, idéntico¹⁰² en cuanto a los fines y argumentos del recién mencionado. La única variante es el cambio de los diputados patrocinantes, ya que se suman un independiente de derecha y una diputada de Renovación Nacional, lo que rompe con la hegemonía partidaria del patrocinio del proyecto anterior por parlamentarios de la Concertación. Ambos proyectos buscan la reinstauración de una norma que regule y permita el aborto terapéutico. Los fundamentos principales de estas iniciativas son la protección del derecho a la vida de la madre¹⁰³, consagrado en el Art. 1º de la CPR.

Adriana Muñoz señala que la idea de presentar el proyecto en 1991, surgió porque las mujeres que llegaron al parlamento, venían muy vinculadas con el movimiento de mujeres que se desarrolló muy fuertemente en época de dictadura. Dicho movimiento estableció como prioritarios cuatro grandes temas para llevar a la agenda parlamentaria: violencia intrafamiliar, acoso sexual, divorcio y reponer el aborto terapéutico que había sido derogado en 1989. En palabras de la diputada: “(...) el escenario político fue muy complicado (...) no fue posible que

¹⁰² Ver sección Anexos V.1 Letras A) y F).

¹⁰³ “Ese es el objetivo único y específico”. Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

éste entrara al debate legislativo. Se hizo un enorme debate público, atroz, demonizante (...) se vinculó el aborto terapéutico con el aborto voluntario (...)”¹⁰⁴.

El año 2003, el proyecto se repuso porque surgió en el debate público el caso de Griselle Rojas, una mujer de 27 años con un embarazo de 21 semanas, que presentaba tres patologías: mola (crecimiento anormal de la placenta), una preclampsia severa (alza de presión) y además el feto en gestación tenía 69 cromosomas. Ella solicitó, respaldada por el Colegio Médico, que se le practicara un aborto terapéutico¹⁰⁵, lo que abrió el debate nacional sobre el tema¹⁰⁶. La diputada señala, “(...) se dieron casos de embarazos con fetos inviables, lo que causa un impacto psicológico y en la opinión pública tremendo (...) entonces, repusimos y se reabrió el debate, pero se mandó a la oficina de partes, a la comisión de salud y (...) no ha pasado nada más (...)”¹⁰⁷.

Los promotores de los proyectos arguyen razones de orden social y argumentos jurídico-penales que a continuación se analizarán. Se asevera la existencia de patologías que ponen en situación de abortar a la mujer. Estas patologías, no son reconocidas por aquellos que se manifiestan como contrarios al aborto terapéutico, ya que indican que los avances científicos les dan hoy un carácter excepcional. Del análisis de los proyectos es posible concluir que se busca como fin terapéutico el salvar la vida de la madre. Esto, porque se mencionan patologías que ponen en riesgo su vida y no otras circunstancias. Con esto se deja fuera la posibilidad de establecer un régimen de aborto con indicaciones, ya que estos consideran circunstancias no de riesgo vital, sino que comprendiendo un concepto de salud amplio e incluso de orden económico y sentimental.

Los proyectos exponen que además, por motivos sociales, psicológicos y de tradición histórica se justificaría, el aborto en forma excepcional. Esto sería en ciertos casos especialmente considerados, para prevenir la muerte materna. Así, se busca resguardar la vida de la madre y evitar las consecuencias que le puede acarrear la exposición a las situaciones que podrían ameritar esta intervención a la mujer, los hijos de esta y su familia, entre otras.

¹⁰⁴ Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

¹⁰⁵ “Colegio Médico llama al Gobierno a pronunciarse sobre aborto terapéutico”, El Mercurio, Santiago, 15 de enero de 2003, pág. C10.

¹⁰⁶ “Apoyo y rechazo a legislar sobre la práctica prohibida”, El Mercurio, Santiago, 18 de enero de 2003, pág. C12.

¹⁰⁷ Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

No es la opinión unánime de la doctrina actualmente vigente en Chile, la prohibición total del aborto terapéutico, ya que cierta parte de ella estima que la posibilidad no está totalmente excluida del ordenamiento jurídico nacional, lo que hace más interesante este análisis¹⁰⁸.

Es importante destacar que al consultar a Adriana Muñoz acerca de cuál era el objetivo de su moción, señaló que consistía en resguardar el derecho a la vida de la madre¹⁰⁹. Sin embargo en los proyectos, no se propone una definición de aborto terapéutico, con lo que la norma propuesta no quedaría restringida a lo señalado por la diputada.

En el marco internacional el aborto terapéutico es el que da lugar a menos controversia, dado el consenso que existe en derecho comparado al menos, sobre el mayor valor como bien jurídico de la vida de la madre, frente a la vida del feto ante el riesgo de ambas. En la mayoría de las legislaciones, se acepta como mínimo este tipo de aborto, permaneciendo así Chile como uno de los pocos países en que se prohíbe cualquier forma de aborto. El Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, clasifica a los países del planeta en seis grupos según su condición legal para manejar el aborto, la primera es para aquellos países en que se encuentra totalmente prohibido que corresponde al 0,4% de la población mundial con sólo dos países: Chile y El Salvador. En todos los demás países del mundo se encuentra permitido el aborto, al menos para salvar la vida de la mujer. La mayor parte de los países se encuentra en la sexta categoría, que corresponde a la realización de aborto sin otra restricción legal que un límite de plazos, lo que corresponde al 41,4 % de la población mundial (son 50 países, que incluyen China, Francia, Federación Rusa, Sudáfrica y Estados Unidos)¹¹⁰.

El tratamiento que daremos al análisis de estos proyectos será desde una perspectiva amplia, que permita aunar los criterios contenidos en cada proyecto y a la vez las críticas a los fundamentos del mismo. En adelante, se hablará del proyecto como uno solo, ya que aquel presentado el año 2003 es una reposición de aquel presentado 12 años antes. Ambos contienen los mismos fundamentos para su respaldo y proponen la misma modificación.

Entendido el contexto de la presentación de las iniciativas, a continuación comenzaremos analizando el concepto de aborto terapéutico, las enfermedades que le dan origen

¹⁰⁸ Esta discusión doctrinaria está desarrollada en el punto III.2.5, perspectiva jurídica del aborto terapéutico en Chile.

¹⁰⁹ Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

¹¹⁰ Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, op.cit.

y una perspectiva bioética; luego revisaremos la evolución de la norma que se pretende modificar, para concluir con un análisis doctrinario acerca de las normas que lo han regulado y la situación que se produciría con la reposición legal de dicha figura.

III.2.1.- Algunas definiciones de aborto.

Se explicarán algunas de las definiciones más importantes, de acuerdo a varios criterios, incluidos aquellos con contenido valórico que manifiestan una postura respecto al aborto. Partiremos desde la definición de aborto hasta llegar al tipo de aborto que nos concierne.

Etimológicamente, aborto significa privación de nacimiento, es la interrupción de la vida intrauterina por la expulsión del feto antes de que esté en condiciones de vivir fuera del seno materno¹¹¹. En concepto médico, se considera como esencial el hecho de que se haya producido la expulsión, sin que importe la circunstancia de que el feto haya sobrevivido o haya muerto.

1.- Teniendo en cuenta las causas que originan el aborto, encontramos:

Aborto espontáneo: resulta de la interrupción de un embarazo sin que medie una maniobra abortiva. Cerca del 10% al 15% de todos los embarazos terminan en aborto espontáneo. Este tipo de aborto por lo general requiere de tratamiento y hospitalización, aunque de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), resulta menos fatal que el aborto inseguro¹¹². Sus causas no suelen ser evidentes, aunque a menudo se relacionan con problemas genéticos del feto o trastornos hormonales o médicos de la madre¹¹³.

Aborto inducido o provocado: es el embarazo terminado deliberadamente con una intervención externa, puede darse dentro o fuera del sistema médico¹¹⁴. El aborto inducido “(...) es un problema personal y social, con profundas implicaciones médicas, culturales, religiosas,

¹¹¹ Cousiño Mac Iver Luis, op.cit. , pág. 97.

¹¹² “*Spontaneous abortion, or the unprovoked interruption of pregnancy (also called miscarriage), affects approximately 10 % to 15% of all known or suspected pregnancies. While spontaneous abortion often requires treatment or hospitalization, it is less often fatal than unsafely induced abortion*”, World Health Organization, “*Complications of abortion: technical and managerial guidelines for prevention and treatment*”, Ginebra, 1994, pág. 15.

¹¹³ Faúndes, Aníbal, “Aspectos médicos del aborto inducido”; Ponencia presentada en el Encuentro de Parlamentarios de América Latina y El Caribe sobre el aborto inducido, Bogotá, octubre de 1998.

¹¹⁴ World Health Organization, “*Complications...*” op.cit. pág. 19.

éticas, políticas y psicológicas (...)"¹¹⁵. Éste tipo de aborto es aquel objeto de controversia y debate por las implicancias antes mencionadas. Para éste tipo de aborto es que existe regulación legal, lo que lo hace relevante jurídicamente. En adelante, cuando nos referimos al término aborto, es en relación a este.

Los abortos provocados se pueden clasificar en¹¹⁶:

- **Aborto libre:** es el aborto realizado bajo el “derecho” que tendría la mujer para interrumpir su embarazo. Por el sólo hecho de no ser deseado.
- **Aborto eugenésico:** es aquel que pretende la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad.
- **Aborto por motivaciones mixtas:** se refiere a la llamada reducción fetal selectiva, que pretende eliminar algunos embriones en el caso de embarazos múltiples, con el fin que otros tengan mejor probabilidad de sobrevivir.
- **Aborto terapéutico o por razones médicas:** es aquella interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal por razones de salud materna.
- **Aborto ético:** cuando el embarazo es producto de una agresión sexual.

Esta clasificación es importante en esta parte del trabajo ya que en adelante nos referiremos al tratamiento jurídico del aborto terapéutico o médico. No por eso dejan de tener relevancia las otras sub-clasificaciones, ya que suelen existir confusiones en cuanto a la delimitación o que tipo de embarazos engloba el aborto terapéutico y el aborto eugenésico¹¹⁷. El aborto eugenésico es la interrupción del embarazo con la intención de matar al embrión o feto, dado que presenta una anomalía genética valorada negativamente por la madre o las personas que pueden tomar esa decisión. El aborto terapéutico, como ya hemos dicho, es la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la muerte. La intención del aborto terapéutico es eliminar la

¹¹⁵ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, “El drama del aborto. En busca de un consenso”, Bogotá, Tercer Mundo Editores del grupo TM S.A., 2005, pág. 38.

¹¹⁶ Dr. Mauricio, Besio Rollero “Sobre el aborto terapéutico consideraciones éticas”, Revista Médica de Chile, (125), 1997; Neira Miranda, Jorge, “Aborto: aspectos clínicos y epidemiológicos”, [en línea], Revista de Estudios Médicos y Humanísticos, Vol 6, N° 6, disponible en Web <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica6/Art07.html>.

¹¹⁷ Dr. Carlos Valenzuela, “Ética científica del aborto terapéutico”, Revista Médica de Chile (131):562-568, 2003.

causa del daño a la salud de la madre. Frecuentemente en derecho comparado al permitirse la realización de abortos con indicaciones, se incluye entre estas el aborto eugenésico o el ético.

2.- De acuerdo a los riesgos que corre la mujer en el momento de hacerse un aborto inducido, podemos distinguir:

Aborto inseguro: que ha sido definido como “(...) un procedimiento para poner fin a un embarazo no deseado, sea realizado por personas que carecen de aptitudes necesarias o en un ámbito en el que no se cumplen los mínimos criterios médicos, o con la concurrencia de ambas circunstancias (...)”¹¹⁸. Se caracteriza por la falta de capacitación por parte del proveedor, quien utiliza técnicas peligrosas, y por llevarse a cabo en recintos carentes de criterios higiénicos¹¹⁹. Este tipo de aborto se ha convertido en un problema de salud pública por las altas tasas de mortalidad que provoca. La OMS estima que el 13% de las 600.000 muertes relacionadas con embarazos a nivel mundial resulta de ellos. En América latina el 21% de las muertes maternas se atribuye al aborto inseguro¹²⁰.

Aborto seguro: en contraste con la definición anterior, sería “(...) un aborto médico o quirúrgico llevado a cabo por un profesional capacitado con los medios necesario y en un ámbito médico adecuado (...) Implica un riesgo extremadamente bajo para la mujer. La mortalidad materna observada en los casos de aborto seguro es de no más de 1 por cada 100 mil intervenciones (...) la morbilidad y mortalidad asociadas son inferiores a las correspondientes a los partos de término si el aborto se hace en una etapa temprana (hasta las doce semanas) (...)”¹²¹.

3.- Según la condición jurídica

Ilegal: El aborto es prohibido, sin excepciones.

Muy restrictivo: El aborto se permite solo para salvar la vida de la madre.

Condicional: El aborto se permite por varias razones.

Legal: A solicitud de la madre.

¹¹⁸ World Health Organization, “The prevention and management of unsafe abortion. Report of a Technical Working Group”. Geneva, 1992.

¹¹⁹ World Health Organization, “Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of and mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data”, 4º Ed., Ginebra, 2004, pág. 3.

¹²⁰ World Health Organization “Unsafe abortion...” op. cit. pág. 8.

¹²¹ Barzelatto, José y Faúndes, Aníbal, op. cit., págs. 47 y 48.

Respecto a la condición legal del aborto provocado en nuestro país, el Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), clasifica a los países del planeta en 6 grupos según su condición legal para manejar el aborto: 1. Totalmente prohibido (2 países, 0,4% de población mundial). 2. Para salvar la vida de la mujer (52 países, 24,9% de la población mundial). 3. Por razones de salud física (y para salvar la vida de la mujer; 20 países, 9,8% de la población mundial). 4. Por razones económicas (y también para salvar la vida de la mujer y por razones de salud física; 20 países, 3,4% de la población mundial). 5. Por razones socioeconómicas (y para salvar la vida de la mujer, así como por razones de salud física y mental: 6 países, 20,2% de la población mundial). 6. Sin restricción alguna (49 países, 41,4% de la población mundial). Chile y El Salvador integran el primer grupo¹²².

4.- Entre los abortos provocados y atendiendo al fin que se persigue, encontramos dos conceptos interesantes a nivel de doctrina penal para el tratamiento del aborto terapéutico. Esta clasificación está tomada del Manual de Medicina Legal de Luis Cousiño Mac- Iver¹²³, y distingue:

Abortos ilícitos o criminales: cuando habiendo intención de producir la muerte prematura del feto no existe ninguna justificación legal del acto.

Abortos lícitos: que son aquellos en que existe una justa causa que excuse la intervención.

Entre los abortos lícitos se vuelven a distinguir tres tipos:

- Aborto médico o terapéutico.
- Aborto eugenésico.
- Aborto sentimental.

5.- De acuerdo a la teoría del doble efecto, se ha distinguido entre:

Aborto directo: es aquel que contiene una acción directa, es decir, busca terminar con la vida del feto.

Aborto indirecto: es aquel en que no se pretende producir la muerte directa del feto, sino que se trata del caso en que la mujer embarazada corre un peligro inminente de muerte, buscándose por medio de la extracción del feto en gestación, salvar su vida.

¹²² Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, op. cit.
¹²³ Cousiño Mac Iver, Luis, op. cit., págs. 96 y ss.

La **teoría del doble efecto** ha sido reconocida por la doctrina clásica moral católica. Esta situación está prevista para el caso de embarazos de riesgo, en que se produce la alternativa de tener que elegir entre la vida de la madre o la vida del feto (aunque se sostiene que hoy dados los avances tecnológicos los únicos casos existentes serían el embarazo ectópico y algún cáncer en los órganos genitales). Se considera inmoral el aborto cuando la acción médica tiende directamente a la supresión de la vida del feto (aborto directo), pese a que ello produzca un efecto curativo en la mujer. Por el contrario, sí se admite la acción terapéutica médica que tiende directamente a curar a la mujer, aunque de ello se siga la consecuencia indirecta, no querida, no prevista, de la interrupción del embarazo (aborto indirecto). En la actual teología moral católica existe una fuerte tendencia a sustituir tal principio, que a su vez es fuertemente criticado, por la figura del “conflicto de valores”, en donde se asume seriamente la opción que se considere más ética, dejando de lado el carácter directo o indirecto¹²⁴.

¹²⁴

Gafo, Javier, “10 palabras clave en Bioética”, Estella (Navarra), Ed. Verbo Divino, 1993, págs. 79 y ss.

III.2.2.- ¿Qué es el aborto terapéutico? Referencias generales

En el aborto terapéutico, resulta difícil dar solo una definición. Al profundizar entre las muchas que existen, es fácil darse cuenta del contenido valórico que se desprende de ella y que finalmente determina el concepto propuesto. “(...) un intercambio constructivo de ideas requiere un acuerdo sobre el significado de palabras clave. La inexistencia de ese acuerdo ha sido una deficiencia básica en el debate sobre el aborto entablado en todo el mundo durante las últimas décadas (...)”¹²⁵. Así, es necesario analizar las distintas definiciones dadas por las fuentes consultadas, para ver las diferencias que existen entre ellas.

Para empezar debemos distinguir entre las definiciones médicas y las jurídicas. Estas últimas serán analizadas más adelante. Parece claro a nivel jurídico que la concepción médica del aborto es insatisfactoria e insuficiente para la construcción sistemática y de los elementos jurídicos del delito de aborto. Para efectos de una mejor comprensión del tema, a continuación entregaremos algunas definiciones médicas, pero teniendo claro que no tienen relevancia en el ámbito del derecho las diferencias que se hacen en este campo.

Concepto Médico.

Los conceptos médicos son generalmente definidos por la Organización Mundial de la Salud. Las definiciones son neutras, en el sentido de que el médico debe abstenerse de emitir juicios o criterios valóricos respecto de una determinada conducta humana que aparezca como determinante en la producción del resultado descrito en la ley, y remitirse únicamente al análisis fenómeno-biológico del proceso abortivo¹²⁶.

Esto es evidente en el caso de la definición médica de **parto prematuro**, que es aquel que se produce antes del completo desarrollo del feto, pero después que es viable, lo que ocurre al final del sexto mes (según lo generalmente admitido en esta área). Pero este término médico no toma en cuenta la circunstancia de que sobreviva o no el producto de la concepción. Circunstancia que es determinante para la existencia del delito de aborto.

¹²⁵ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op.cit., pág. 39.

¹²⁶ Novoa Aldunate, Eduardo. “El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica”, Memoria N° 46, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Universidad Católica de Chile Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969, pág 39.

Como aspecto a resolver antes de dar una definición, conviene precisar que la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal, cae dentro de lo que se considera un aborto provocado (en oposición a espontáneo). El aborto terapéutico sería una de las categorías dentro de estos¹²⁷.

Es importante establecer algunos conceptos médicos, previo a analizar la definición de aborto terapéutico. En primer lugar la mayoría de la opinión médica ha acordado que para que haya **embarazo** es necesario que el embrión esté implantado, proceso que ocurre al día 6° post concepción¹²⁸, lo que significa que relaciona el comienzo de la vida con la anidación¹²⁹.

En segundo lugar es necesario distinguir lo que se denomina **embrión y feto**. La ciencia médica acostumbra denominar feto al embrión una vez que empieza a parecer humano, esto es “(...) hacia el fin del segundo o principios del tercer mes de desarrollo (...)”¹³⁰; la separación entre embrión y feto humano es en la décima semana desde la última menstruación, en el día 56 desde la concepción o en la 8ª semana de desarrollo¹³¹. Esta es una de las diferencias entre las definiciones médicas y jurídicas. Jurídicamente, en Chile, es igualmente reprochable y punible una destrucción del embrión recién formado, que la ejercida sobre un feto próximo a la madurez¹³², por lo tanto es una distinción relevante solo para el campo médico.

La OMS define el aborto como la terminación del embarazo, antes de que el feto sea apto para la vida extrauterina. Distingue entre aborto espontáneo e inducido, y dentro de éstos últimos menciona al **aborto terapéutico** como aquél “(...) aborto médicamente indicado, para las mujeres cuya vida o salud es amenazada por la continuación del embarazo o cuando la salud del feto es amenazada por factores congénitos o genéticos (...)”¹³³. Es necesario destacar que esta definición incluye la salud del feto, aspecto que no es considerado por las definiciones jurídicas nacionales.

En Chile, se ha definido el aborto terapéutico como la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal (23 semanas o menos de 500 gramos), por razones de salud materna. El aborto terapéutico se justificaría por razones preventivas y curativas. Preventivas en

¹²⁷ Dr. Mauricio Besio Rollero, op.cit., pág. 3.

¹²⁸ Dr. Carlos Valenzuela, op.cit., págs. 562-568.

¹²⁹ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op.cit., pág. 44.

¹³⁰ Bradley M. Patten, “Embriología humana”, Bs. Aires, Ed. Librería el Ateneo, 1960, pág. 214.

¹³¹ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op.cit., pág. 42.

¹³² Novoa Aldunate, Eduardo, op. cit., pág. 12.

¹³³ “The term therapeutic abortion, strictly defined, refers to medically indicated abortion for women whose life or health is threatened by continuation of pregnancy or when the health of the fetus is threatened by congenital or genetic factors” en WHO, “Complications...” op. cit., pág. 19.

el sentido de considerar que la gestación puede agravar o empeorar una enfermedad base y curativas cuando se considera que el embarazo esta causando un peligro para la vida de la madre¹³⁴. Otra definición señala que “(...) el aborto terapéutico es la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles, que pueden producirle la muerte (...)”¹³⁵.

Observamos en todas las definiciones que, el riesgo a la salud de la madre, es uno de los factores determinantes del concepto. En estos términos, y de acuerdo a la definición de salud de la OMS¹³⁶, entre las hipótesis de aborto terapéutico se incluirían razones de salud mental y aspectos sociales. Esto ha llevado a plantear que “(...) el aborto terapéutico abre un verdadero ramillete de posibilidades que cubre desde elementos propios del daño físico de la madre (dolencias propias del embarazo), hasta padecimientos psicológicos (inmadurez, angustia, etc.) (...)”¹³⁷. Volveremos sobre este punto al discutir el tema desde el punto de vista bioético.

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile, antes de su reforma en el año 2004, contenía una regulación consistente con la existencia del aborto terapéutico, incluso después de la derogación de la norma permisiva en el año 1989, diciendo:

Artículo 26. El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción. El aborto procede solamente cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- a) Se efectúa como medida terapéutica;
- b) La decisión será aprobada por escrito al menos por dos médicos escogidos por su competencia;
- c) La operación sea efectuada por un médico especialista. Si el médico considera que su convicción no le permite aconsejar o efectuar un aborto, él debe retirarse, permitiendo la continuidad del cuidado médico con otro médico calificado.

Así, se aplicaría una medida terapéutica en caso de riesgo vital de la madre, la que podría provocar un resultado no querido y que se hubiese evitado de haber sido posible.

¹³⁴ Dr. Mauricio Besio Rollero, op.cit.

¹³⁵ Dr. Carlos Valenzuela, op. cit., pág 564.

¹³⁶ “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad o dolencia”, OMS, 1946.

¹³⁷ Fundación Chile Unido con la colaboración de Angela Vivanco, “Discusiones sobre aborto terapéutico” Corriente de Opinión, (17), 1999.

En el Código de Ética del Colegio Médico de Chile del año 2004, se contienen normas que dan un giro a la postura antes planteada. No negando la posibilidad de proceder con una interrupción del embarazo, pero sí excluyendo de plano cualquier posibilidad de aborto que no responda a lo antes expuesto (sólo procedería en caso de aborto indirecto o interrupción del embarazo con resultado no querido de muerte para el feto). El actual Código de Ética señala:

Artículo 7. El médico, tanto en su ejercicio profesional como en su vida pública, debe observar un comportamiento acorde con la moral, el decoro y el prestigio de la medicina.

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

Artículo 9. El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna¹³⁸.

De acuerdo a las definiciones jurídicas de aborto, la única posibilidad que cabría dentro de esta normativa, sería la de un aborto indirecto. Así, se trataría de un procedimiento de terapia a la madre con resultado no querido de aborto. Se salva la vida de la madre a costa de la vida del feto. La intervención del médico en este caso no cumpliría con el elemento voluntad en la muerte del individuo en gestación, lo que sería una conducta carente de tipicidad por ausencia de dolo o si se estima que estos aspectos subjetivos residen en la antijuridicidad, puede calificarse como una conducta justificada por la causal de obrar en cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de una profesión. Falta la voluntad y el fin, al no querer el médico tratante, la muerte de la criatura¹³⁹. Lo que busca el procedimiento es salvaguardar la vida de aquel que pueda ser salvado. Esta situación se encuadraría con la doctrina del doble efecto.

Es un dato a considerar, el aumento del uso de la expresión **interrupción del embarazo**. En medicina una interrupción del embarazo es simplemente eso, una interrupción en el desarrollo gestacional del feto, la cuál de producirse antes de que el producto de la concepción sea viable de manera independiente, constituirá un aborto; en cambio de producirse cuando

¹³⁸ Colegio Médico de Chile, “Nuevo Código de Ética del Colegio Médico de Chile”; Título II, Deberes Generales del Médico, [en línea], 2004 disponible en web: www.colegiomedico.cl.

¹³⁹ Dr. Mauricio Besio Rollero, op.cit.

dicho feto sea viable, constituiría un parto prematuro¹⁴⁰. En el derecho comparado ha ido en aumento el uso de esta terminología y no de aborto (ejemplo de ello es la legislación italiana¹⁴¹). Algunos activistas pro-vida, consideran esta variación conceptual, como un intento de disminuir el carácter criminal de este tipo de procedimiento. Se trataría de un concepto que haría referencia a la madre y al ejercicio de su libertad y no a un niño al que se le impide seguir viviendo¹⁴².

¹⁴⁰ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 43. En cuanto a cuándo un feto se considera viable, los autores señalan que es aceptado que lo sería a partir de la 23ª semana de gestación.

¹⁴¹ “L’ Interruzione volontaria della gravidanza”, Leggio N° 194, Italia, 22 maggio, 1978.

¹⁴² Pbro. Fernando Chomalí,, “Lo que opina la iglesia sobre el aborto terapéutico”, Centro de Bioética, Publicaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002.

III.2.3.-Aborto Terapéutico. Enfermedades que le dan origen.

Entre las dos posturas más extremas en el debate acerca del aborto terapéutico, existe un punto en la discusión que intentaremos aclarar. Por un lado, y de acuerdo al concepto de salud de la OMS, se podría establecer que el concepto de aborto terapéutico engloba circunstancias que tienen que ver con el bienestar físico, mental y social de la mujer. Es importante aclarar, sin embargo, que éste argumento no es esgrimido por los patrocinantes del proyecto analizado en esta parte, sino que se plantea la existencia de patologías que hacen necesaria la intervención médica para salvar la vida de la madre. Por otro lado, reconociendo un concepto estricto de salud y dados los avances tecnológicos, algunos consideran que no existe prácticamente ninguna patología que justifique el aborto terapéutico, esto es, ya no se requiere este tipo de intervención para evitar la muerte materna. Interesantes a este respecto son los argumentos utilizados por Merino para justificar la derogación del aborto terapéutico en el año 1989, que aduce como un motivo que justifica esa medida, la inexistencia de enfermedades que hagan necesario un aborto terapéutico (pero luego se contradice al señalar que, sin embargo, queda aplicable la justificante general del CP en el Art. 10 N° 10¹⁴³, para los casos extremos en que fuera necesaria esta intervención).

Intentaremos una aproximación desde la medicina. El mundo médico en su mayoría ha acordado que para que haya embarazo es necesario que el embrión esté implantado, proceso que ocurre al 6° día, contado desde que se ha producido la concepción¹⁴⁴.

Las patologías en que se discute la aplicación del aborto terapéutico como terapia, se pueden referir a condiciones del embarazo mismo, situaciones no relacionadas directamente con el embarazo y patologías que tienen como causa directa el cigoto, embrión o el feto. Haremos el análisis de estas situaciones desde la perspectiva de dos médicos chilenos, ambos con estudios publicados en investigación bioética¹⁴⁵, y que representan la discusión que existe al momento de determinar qué patologías justifican un aborto terapéutico. Lo anterior nos permitirá tener una

¹⁴³ Actas de la ley N° 18.826, op. cit., fojas 234 y ss.

¹⁴⁴ Dr. Carlos Valenzuela, op. cit.

¹⁴⁵ Mauricio Besio Rollero es especialista en obstetricia y ginecología y en temas de bioética. Realiza docencia en pregrado y postgrado en su especialidad médica y en ética clínica en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es miembro del Centro de Bioética de la Facultad de Medicina de la misma Universidad. El doctor Carlos Valenzuela Yuraidini es académico de la Universidad de Chile, miembro del departamento de Bioética y Humanidades Médicas e investigador del Instituto de Ciencias Biomédicas.

visión amplia acerca de las patologías que se invocan como detonantes del aborto terapéutico, intentando clarificar la realidad de este argumento señalado en el proyecto en análisis.

1.- Condiciones relacionadas con el embarazo o su patología que no son de origen fetal y amenazan a la madre:

I.- La más frecuente de ellas, es la infección ovular, espontánea o provocada. En esta situación el producto de la concepción se infecta y esta infección trasciende a la madre en un estado del embarazo donde el embrión es inviable. Es lo que se da espontáneamente o más frecuentemente por intento de aborto en condiciones sépticas sin el medio adecuado para esa clase de intervención. Sus síntomas son cuadro febril por sobre los 40° con septicemia y shock séptico. Para Valenzuela el vaciamiento uterino con feto vivo o ya muerto (el feto generalmente esta muerto o va a estarlo en minutos), es la única medida para salvar a la madre de secuelas graves o la muerte. La intención es remover la causa o foco infeccioso, luego no es un aborto propiamente tal¹⁴⁶. Para el profesor Besio habrían distintos grados de infección ovular, con pronósticos distintos que van desde el tratamiento con antibióticos hasta casos de infección diseminada de alta mortalidad materna¹⁴⁷.

II.- Embarazo ectópico, es aquel en que por causas patológicas el desarrollo del embrión se produce fuera del útero materno, en alguno de los otros órganos internos como las trompas de Falopio, la cavidad abdominal, el ovario incluso en las vísceras (riñones, páncreas u otros accesibles por el peritoneo). El cigoto o embrión tiene una gran capacidad de inducir las condiciones de anidación que se necesitan en cualquier tejido donde se implantan. El único órgano apto para llevar a término el embarazo es el útero, por lo que el pronóstico para estas clases de embarazos es muy grave y estos no pueden llegar a término sin producir daño severo a la madre. Para Valenzuela, el embarazo tubario es inviable a término y la rotura tubaria puede matar a la madre por hemorragia. El problema es grave, ya que el compromiso de grandes vasos puede llevar a hemorragia y a shock hipovolémico de la madre, en estado de inviabilidad fuera del órgano que corresponde del feto. La intervención que se practica en estos casos tiene por objeto la reparación de los vasos de la madre, lo que lleva a la extracción del embrión o feto con su consecuente muerte. Los embarazos peritoneales pueden llegar a término o a una edad

146

Dr. Carlos Valenzuela, op. cit.

147

Dr. Mauricio Besio Rollero, op. cit.

gestacional compatible con la vida ex peritoneum¹⁴⁸. Para el doctor Besio el embarazo ectópico no llevaría a riesgo de muerte en casos de pacientes bien controladas. En el caso del embarazo tubario, el tratamiento tiene indicación para salvar a la trompa de la madre y la literatura demostraría que un cierto número de embarazos tubarios se reabsorbe espontáneamente.

III.- La descompensación de una patología materna preexistente. El embarazo posee varias características de aloinjerto¹⁴⁹; por lo que la madre genera mecanismos de tolerancia y de cierto modo se inmunodeprime. Pacientes con tuberculosis y toxoplasmosis han motivado abortos terapéuticos¹⁵⁰. Los cánceres maternos, melanomas, linfomas y otros aumentan su agresividad durante el embarazo¹⁵¹. Las insuficiencias cardíacas, renales, hepáticas, respiratorias, endocrinas, la diabetes, la hipertensión, las enfermedades auto inmunes y otras de la madre han sido compensadas médicamente y casi no constituyen indicación para un aborto terapéutico.

IV.- La patología del embarazo mismo. La pre-eclampsia¹⁵² y eclampsia¹⁵³ que, cuando se presentan en forma severa desde muy temprano (complicada o producida por patología fetal) llevan a plantear el aborto terapéutico. El mejor tratamiento para la eclampsia en una madre con un embarazo de más de 28 semanas es el parto. Para embarazos de menos de 24 semanas, se recomienda la inducción del parto, aunque la posibilidad de que el feto sea viable es mínima. La prolongación de este tipo de embarazos ocasiona complicaciones en la madre y la muerte del bebé en aproximadamente el 87% de los casos. Los embarazos entre 24 y 28 semanas de gestación presentan una "zona gris," y se puede intentar manejarlos de forma conservadora con monitoreo de las posibles complicaciones en la madre o en el feto. El doctor Besio coincide en este punto al señalar que en el caso de la preclampsia grave los "datos de la literatura médica, como la experiencia de todo obstetra, señalan que si no se interrumpe el embarazo se producirá la muerte de la madre y del feto". Sin embargo, el doctor Valenzuela señala que existen terapias actuales que permiten manejar este cuadro y esperar el parto. Pese a ello, en casos complicados

¹⁴⁸ Dr. Carlos Valenzuela, op.cit.

¹⁴⁹ Aloinjerto: tejido tomado de un donante fallecido para reparar lesiones en otro paciente. Medline plus, enciclopedia médica. [www.nlm.nih.gov/medlineplus/ spanish](http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish).

¹⁵⁰ Dr. Carlos Valenzuela, op.cit. Cita a Shishido S, Toritani, "A caso of miliary tuberculosis during pregnancy in a patient on hemodiálisis". *Kekkaku* 1995, n° 70, págs. 473-476.

¹⁵¹ Dr. Carlos Valenzuela, "Ética científica...", op.cit. Cita a Pavlidis, "Coexistence of pregnancy and malignancy". *Oncologist* 2002, n° 7, págs. 279-287.

¹⁵² Preclampsia: La preclampsia es el desarrollo de presión sanguínea alta y proteína en la orina después de la semana 20 del embarazo y puede estar asociada con la hinchazón de la cara y las manos. Medline plus, Enciclopedia Médica op. cit.

¹⁵³ Eclampsia: La eclampsia es la aparición de convulsiones no atribuidas a otra causa durante el embarazo, generalmente después de la semana 20. Medline plus, Enciclopedia Médica, op. cit.

por alteraciones de la coagulación se puede llegar al aborto terapéutico, al igual que el coriocarcinoma invasivo.

2.- Casos en que todo indica que es el cigoto, embrión o el feto mismo, el causante directo o indirecto del compromiso vital de la madre:

I.- Enfermedades inmunes o auto inmunes precipitadas o descompensadas por sustancias o antígenos del feto. Un caso es el del pengufoide, enfermedad auto inmune en la piel de la madre. Como la gravedad ocurre tardíamente, es manejable con medicamentos hasta llegar a un parto de término.

II.- Ciertas formas de eclampsia en que el feto produce o genera la enfermedad en la madre por reacción antígeno inmunitaria, también podría llevar al aborto terapéutico.

III.- Las incompatibilidades genéticas materno fetales (embrionarias), que si bien están la mayor parte de ellas controladas por terapia, aún pueden causar cuadros graves.

IV.- Alteraciones genómicas del cigoto que llevan a procesos de desarrollo no humano o a procesos incontrolados que desestabilizan o invaden el organismo materno en forma grave. Se incluye principalmente a la mola hidatidiforme y a los triploides. La mola hidatidiforme en el caso que se presenta como mola completa. Se trata de casos de una concepción donde el núcleo del ovocito ha sido expulsado y el espermático se ha duplicado, por lo que el cigoto tiene solo información paterna. La mola no tiene forma de embrión ni feto y frecuentemente deviene en tejido invasivo o se canceriza. Nadie la considera humana a pesar de su cariotipo y genoma normal. Es más, jurídicamente no se considera aborto el vaciamiento uterino¹⁵⁴. Como la mola se considera no humana, basta su diagnóstico para realizar el vaciamiento uterino lo mas pronto posible, para evitar metástasis. El triploide que se aborta espontáneamente, en mas del 80% de los casos son molas parciales embrionadas. Aunque una proporción importante de triploides que pasan el primer trimestre pueden parecer embriones normales, casi todos ellos tienen malformaciones sistémicas, alteraciones histológicas y citológicas o retardo severo del crecimiento. Excepcionalmente sobrepasan el primer trimestre y en general son mosaicos con células normales o poseen una dotación genética especial. Cuando el triploide tiene tejido molar diferenciado, el pronóstico lo da este componente, que puede metastizar y comprometer la vida

¹⁵⁴ Ver análisis “Aborto en el Código Penal”, infra III.3.1.

de la madre (eclampsia y otras patologías)¹⁵⁵. El doctor Valenzuela considera que “(...) el triploide no es un ser humano pues no procede de una fecundación normal, no tiene un desarrollo normal, ni es compatible con la vida (los pocos que han llegado a nacer) y todas sus células son anormales. La interrupción del embarazo con la muerte de la mola no es considerada un aborto, por lo que propongo el mismo tratamiento para el triploide (...)”.

V.- Los cánceres del embrión o del feto mismo que podrían metastizar a la madre.

3.- Perspectiva Bioética

Una vez vista la existencia de enfermedades que ameritan la realización de un aborto terapéutico, quisiéramos analizar el problema desde una perspectiva bioética. La bioética ha sido definida como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales¹⁵⁶. Tiende a solucionar la desproporción entre los avances de la ciencia y el nivel de humanidad que debe existir en la acción médica. La bioética aplica la ética al campo de la salud sobre la base de cuatro principios¹⁵⁷.

Estos son **la autonomía o respeto a las personas** que se basa en reconocer que la persona debe ser libre de todo control exterior y respetada en sus decisiones vitales básicas¹⁵⁸; **la no maleficencia**, que significa que no se debe arbitrariamente realizar una acción que sea perjudicial; **la beneficencia**, que consiste en la obligación de buscar el bien y balancear los beneficios con los riesgos y los costos; y **la justicia**, concepto social basado en la equidad de los seres humanos sin distinción de género, raza, edad o estatus socioeconómico.

Entrando en el tema del aborto, se debe analizar el conflicto según los principios antes mencionados. Así, de acuerdo al principio de la autonomía, debe tomarse en cuenta la autonomía de la madre y su capacidad decisoria, siempre considerando la protección que pueda corresponder al feto. Esta protección estaría ligada a la idea que se tenga acerca del estatus del feto. En cuanto al principio de no maleficencia y beneficencia hay que considerar factores como no hacer daño a la madre o al feto y propender al mayor bienestar posible. Por último, al analizar

¹⁵⁵ Dr. Carlos Valenzuela, op.cit.

¹⁵⁶ Gafo, Javier, op.cit., pág. 11.

¹⁵⁷ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 137.

¹⁵⁸ “En medicina la aplicación práctica mas común del principio del respeto a las personas es el consentimiento informado”, Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 138.

el principio de justicia en relación al aborto, hay que reconocer a ambos como entes con derechos dentro de condiciones de equidad distributiva.

En el caso del aborto terapéutico el dilema ético se produce al momento de decidir si aplicar o no un determinado tratamiento considerado necesario para la salud de la madre, pero que puede producir la muerte del feto. “(...) En la relación entre el médico y la paciente los principios predominantes son (...) respeto por las personas, beneficencia y no hacer daño (...)”¹⁵⁹. Así, en caso de un diagnóstico médico que prescriba la necesidad de efectuar un aborto terapéutico, por existir grave riesgo a la salud de la madre, se deben ponderar estos principios¹⁶⁰. Es necesario respetar la autonomía de decisión de la madre, en cuanto a continuar o no con el embarazo, y respecto de los médicos, evitar caer en actitudes paternalistas, “(...) este tipo de conflictos no tiene una solución sencilla, dado que cada uno de los individuos involucrados debe actuar según su conciencia, en función de las circunstancias particulares de cada caso (...)”¹⁶¹.

Ante conflictos como el explicado en el párrafo anterior, es necesario distinguir tres situaciones a la luz de las enfermedades estudiadas y de los principios expuestos.

En primer lugar, están aquellas patologías en que existe acuerdo en cuanto a que la terapia que se aplica es necesaria para salvar la vida de la madre, sin dejar espacio a controversia. Entre estas patologías encontramos: el embarazo ectópico tubario con mal pronóstico, y el cáncer de los órganos genitales¹⁶², situación que coincidiría con el aborto indirecto, según la teoría del doble efecto.

En segundo lugar, más allá de las patologías en que existe acuerdo, es en donde empieza el real problema.

En este párrafo consideraremos las patologías que afectan la salud física de la madre pero que no necesariamente conllevan riesgo de muerte (embarazo ectópico tubario con buen pronóstico, por ejemplo), cuestión en que no se puede determinar a priori si peligra la vida o no, y en que es necesario un análisis específico en cada caso para determinar que corresponde. Son ilustrativas a este respecto, las opiniones de los médicos citados a propósito de las enfermedades

¹⁵⁹ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 140.

¹⁶⁰ “Una mujer con hipertensión grave y un embarazo avanzado puede requerir una cesárea inmediata para preservar su vida (obligación de hacer el bien), pero quizá se niegue a dar a luz de ese modo (respeto por la persona). Este tipo de conflictos no tiene una solución sencilla, dado que cada uno de los individuos involucrados debe actuar según su conciencia, en función de las circunstancias particulares de cada caso”. Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 138.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 117.

que darían origen al aborto terapéutico. **Besio** considera la existencia de situaciones clínicas frecuentes que derivarían en acciones que podrían ser consideradas como aborto terapéutico. No justifica la realización del aborto terapéutico como tal, sino que señala “(...) Por acción física entendemos la maniobra instrumental desprovista de la intencionalidad del agente y del libre albedrío de éste para hacerla (...) habría que reflexionar sobre circunstancias y motivaciones del médico tratante bajo las cuales dicha acción no constituiría un aborto provocado, sino que una acción terapéutica lícita (...)”.

Este médico concluye que “(...) tanto la intención del médico como las graves y especiales circunstancias que configuran el acto, constituyen un objeto que no es un aborto, sino que una acción lícita y ordenada al bien. Es más, en estos casos la omisión de actuar provocaría un mal mayor. La interrupción del embarazo en circunstancias en que si no se actúa morirán ambos y que el actuar significa salvar al único posible de salvar (más aún, si se toman todas las providencias para atender y tratar de salvar al otro) no puede considerarse una elección errada, producto de un desorden de la voluntad y por lo tanto de un mal moral, sino que una acción que le corresponde como médico y hombre recto puesto en una difícil situación (...)”¹⁶³.

Valenzuela por su parte, sostiene “(...) distinguidos bioesteticistas consideran que el aborto terapéutico carece prácticamente, en la actualidad, de significado real”, sin embargo para él hay casos en que la realidad está muy lejos de esta opinión “al menos en los países menos tecnificados (...) hay varias situaciones que continúan siendo indicación del aborto terapéutico, como lo serían por ejemplo los casos de preclampsia o eclampsia, así las de enfermedades que requieren de un control hospitalario permanente en lugares donde no existen recursos (...)”. Otro argumento ético que considera relevante es el siguiente “(...) La teoría ética del doble efecto plantea que “si la intención es salvar a la madre y se procede al vaciamiento uterino, con muerte del feto o embrión, no es un aborto sino una interrupción terapéutica del embarazo y es por eso lícita. Esta posición no se aplica cuando la causal del sufrimiento materno es la constitución genética del feto o el feto mismo. La intención médica es remover la causa y esta coincide con el feto, luego hay que llamarla propiamente aborto terapéutico. Si dispusiéramos de algún tratamiento que bloqueara el efecto del pasaje de sustancias del feto a la madre, las que causan el problema, entonces podríamos tratar el caso sin llegar a plantear siquiera el aborto (...)”¹⁶⁴.

¹⁶³ Dr. Mauricio Besio Rollero, op. cit.

¹⁶⁴ Dr. Carlos Valenzuela, “Aborto terapéutico y ética científica”, [en línea], artículo para el Colegio Médico de Chile, publicado el 6 de junio del 2005, disponible en web: www.colegiomedico.cl/popup-noticia.asp.

En tercer lugar, están los casos en que el tipo de patologías no conlleva sólo riesgo a la salud física de la madre, sino que se englobarían en el concepto de salud de la OMS. En este caso, cualquier aborto provocado podría ser considerado terapéutico¹⁶⁵.

Esta situación es importante para quienes están en contra de los proyectos que proponen reponer la figura del aborto terapéutico, pues consideran que abre la posibilidad de admitir cualquier tipo de aborto. Sin embargo creemos que, pese al concepto de salud citado, los requisitos que la ley podría establecer para determinar si procede un aborto terapéutico, servirían para delimitar esta conducta, además de la valoración de los principios éticos y jurídicos que deben primar en cada caso concreto.

¹⁶⁵ Ver concepto médico de aborto terapéutico, III.2.2.

III.2.4.- Evolución de la norma del Código Sanitario referida al aborto terapéutico.

Históricamente esta norma data del 15 de Mayo de 1931 (diario oficial del 29 de mayo de 1931), con la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 226, que contiene y promulga el CS. El **Art. 226** señalaba: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.” En su inciso segundo agregaba “Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos.” Finalmente el inciso tercero establecía “Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente”. Se ha sostenido que con el establecimiento de esa figura surge una norma permisiva en materia de aborto que fija los criterios médicos y normativos utilizados desde tiempo atrás. A juicio de Bascuñán con esta norma “(...) la menor o mayor extensión de la situación justificante del Art. 226 del CS originario quedó, pues, entregada a la interpretación extensiva o restrictiva de la expresión ‘fines terapéuticos’. La reforma que experimentó la disposición treinta y cinco años mas tarde no alteró esta situación (...)”¹⁶⁶.

Ya en esta época se presenta como un problema social de relevancia, la gran cantidad de abortos clandestinos que se llevaban a cabo. Un antecedente histórico es el congreso médico de Viña del Mar del año 1936, en que se llegó a acuerdo en cuanto a cinco medidas tendientes a luchar contra el aborto: el mejoramiento de los estándares económicos; la protección para la madre, el niño y el hogar; divulgación y educación acerca de métodos anticonceptivos y maternidad consciente; establecimiento de aborto científico y reforma del CP en sus sanciones y proseguir la lucha contra el aborto clandestino¹⁶⁷.

Más de 30 años después, con el Decreto N° 725 del 11 de Diciembre de 1967, se modificó el texto primitivo de la norma y se estableció que: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención, se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”, con lo que se reducen para su práctica los requisitos inicialmente instituidos. Este cambio, a juicio del profesor Bascuñán Rodríguez, “(...) incidió en los aspectos puramente procedimentales de la causa de justificación. La configuración de la

¹⁶⁶ Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, Revista Derecho y Humanidades, Universidad de Chile, (10):143-181, 2004.

¹⁶⁷ Cousiño Mac Iver, Luis, “Manual de medicina legal”, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1974, pág. 100.

situación justificante se mantuvo inalterada(...)"¹⁶⁸. De esta forma es como se mantuvo el inciso hasta su derogación.

La interpretación doctrinaria del alcance de los fines terapéuticos del Art. 119 era de carácter extensivo "(...) la causa de justificación no exige una situación de *peligro actual o inminente para la vida* de la mujer, sino que se satisface también con una situación de *peligro futuro*, ya sea para la vida o para la *salud* de la mujer. Incluso se sostiene que en la apreciación de la concurrencia de una situación de esa índole el sistema jurídico debe otorgar a la práctica médica una prerrogativa discrecional de decisión (...)"¹⁶⁹.

Un importante hito dentro de este ámbito ocurre en el año 1973, cuando un equipo del hospital público Barros Luco, realiza una interpretación administrativa y liberalizadora de la norma, bajo el amparo del ambiente político que dominaba al país en esa época a cargo del gobierno del presidente Salvador Allende¹⁷⁰.

En el hospital Barros Luco se consideró que el aborto ilegal ponía en riesgo la vida y la salud de la mujer, por lo que realizar un aborto en el hospital a mujeres de estratos sociales más modestos, era un aborto legal. Ello, por la evitación de los riesgos de muerte materna. Así, se reguló el procedimiento que se debía cumplir para autorizar las solicitudes de aborto. Embarazos de 12 semanas o menores, era uno de los requisitos necesarios para realizar la intervención, además del compromiso de la mujer, una vez realizado el aborto, de aceptar un método anticonceptivo (incluyendo la esterilización, si fuera este el procedimiento adecuado). El procedimiento se realizaba gratuitamente y se restringió a mujeres que pertenecieran al área de atención de ese hospital. Este episodio, tuvo una duración de 8 meses, ya que terminó con la irrupción del gobierno militar. Bajo este tipo de procedimiento, que se dio bajo la nueva interpretación del Art. 119, se realizaron casi 2.000 abortos terapéuticos¹⁷¹.

De esta manera es posible observar en la práctica, que se alcanzó la mayor amplitud de interpretación para determinar las hipótesis en que es posible realizar un aborto terapéutico en Chile. En el fondo, se dio un régimen similar al de indicaciones, utilizado ampliamente en legislación comparada, y que incluyó la indicación socio-económica en este caso. Luego, en el año 1988, José Toribio Merino, Almirante y Comandante en Jefe de la Armada del gobierno de

¹⁶⁸ Bascuñán Rodríguez, op. cit., pág. 148.

¹⁶⁹ Bascuñán Rodríguez, op.cit., pág. 149.

¹⁷⁰ Casas, Lidia y Chaimovich, Claudia. "La situación del aborto en Chile", Informe preparado para CLADEM, 1997, págs. 10-11.

¹⁷¹ Lagos, Claudia. "El Aborto en Chile", 1ª ed., Santiago, LOM ediciones, 2001, págs. 87-89.

ese entonces, presenta el proyecto de ley que modifica el Art. 119, prohibiendo el aborto directo por considerarlo contrario al amparo que otorga a la criatura no nacida el Art. 19 N° 1 de la CPR. La derogación, a juicio de Merino, pasa a ser la consecuencia natural de la protección constitucional. Así, sólo quedarían amparados casos extremos y siempre que se de la teoría del doble efecto, o sea casos de aborto indirecto¹⁷². También se buscaba con esta modificación cambiar la ubicación del aborto en el CP, definir la acción típica, aumentar las penas para hacerlas equivalentes al homicidio simple, derogar la calificación de aborto honoris causa y por último introducir una hipótesis de aborto culposo. El fin último de este proyecto de ley es hacer congruente la legislación nacional, partiendo de la base de una interpretación constitucional del Art. 19 N° 1 de la CPR, que deja el derecho a la vida como un derecho absoluto desde el momento de la concepción, con la sola excepción de la justificante genérica del Art. 10 N° 10, que se corresponde con la aplicación de la teoría del doble efecto¹⁷³. Además, en uno de los informes de la Secretaria de Legislación de la Junta de Gobierno, mientras se analizaba la futura ley N° 18.826, se indicó como una de las razones de la derogación del antiguo texto del artículo 119 lo amplio de su redacción que podría llegar a permitir la aplicación del aborto en forma masiva¹⁷⁴.

Con la dictación de la ley N° 18.826, fue derogada la disposición que permitía el aborto terapéutico, quedando la norma del siguiente tenor **Art. 119** “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Así, se entiende establecida la prohibición total de cualquier clase de aborto en Chile, a criterio de la mayoría de la doctrina¹⁷⁵. Durante la discusión de esta modificación, se señaló: “(...) la hipótesis del aborto terapéutico es de muy infrecuente ocurrencia, puesto que el estado actual de la ciencia y de la tecnología médica lo tornan prácticamente imposible. Su incidencia estadística es pues, insignificante (...)”, y se consideró que la derogación del aborto daría coherencia a la protección de la vida consagrada en la CPR. Este fundamento, es al menos discutible, dada la historia fidedigna de la CPR contenida en las Actas de la Comisión Constituyente, donde es posible observar que no se acogió la protección a

¹⁷² Entre las definiciones de aborto, se explican el aborto indirecto y la teoría del doble efecto, Ver III.2.1.

¹⁷³ Actas de formación de la ley N° 18.826, en Biblioteca Nacional. Expediente de tramitación del proyecto de la ley N° 18.826, Boletín N° 986-07, ingresado el 8 de julio de 1988.

¹⁷⁴ Actas de formación de la ley N° 18.826, op.cit. fojas 454 y 455.

¹⁷⁵ Cea, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, tomo I; Diez, Sergio, "Personas y valores: su protección constitucional". 1ª edición, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999, pág. 125-127; Cruz Coke, Carlos, "Manual de educación cívica", 8ª ed., Santiago, Ed. Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, 2005, pág. 99.

la vida sin excepción alguna. En el texto originalmente aprobado se consagró la pena de muerte, estableciendo así ella misma la posibilidad de excepción a la garantía constitucional que asegura el derecho a la vida¹⁷⁶.

La abogada Lidia Casas señala que en 1989, los cuerpos técnicos que asesorarían durante el proceso de legislación a la Comisión encargada de la materia, no fueron considerados ni recibidos por el grupo que tuvo a su cargo la derogación en cuestión. Ese fue el caso del Colegio Médico que no tuvo ocasión de intervenir en el debate, ni de influir en el curso de la propuesta, ya que la norma fue dictada mientras sesionaban acerca de este tema¹⁷⁷. Por su parte Olga Grau, sostiene que para estos efectos, primaron criterios geopolíticos utilizados durante el régimen militar. Ellos, se centraban en que para ser un país potencialmente fuerte y desarrollado, este debe tener gran población, lo que permite “una economía y un ejército vigorosos”, por lo tanto se tienden a objetar las políticas de planificación familiar o de regulación de la natalidad (que fueron practicados por los dos gobiernos anteriores). Así, se veía en su momento plenamente justificada la medida derogatoria, de acuerdo con los criterios imperantes y que regían al gobierno del país en ese entonces. Todos tendientes a relacionar las políticas públicas con los criterios militares, propios de los jefes de gobierno en ese entonces¹⁷⁸.

Para el profesor Bascuñán, esta derogación responde a la necesidad de que se aprobara una ley “ideológicamente tan expresiva”. La verdadera razón para derogar el Art. 119 del CS, “(...) era que no distinguía entre la provocación directa y la provocación indirecta de la muerte del feto, autorizando ambas (...)”. Lo anterior, hacía al Art. 119 incompatible con la doctrina moral católica, pero representaba la tradición normativa chilena en este tema, a pesar de señalarse en los considerandos de esta ley derogatoria que la tradición jurídica chilena apuntaría en sentido contrario. Lo que se pretendió finalmente con esta derogación es dejar dentro de nuestro sistema jurídico única y exclusivamente la aplicación de la doctrina del doble efecto. Para Bascuñán lo anterior altera los valores permanentes de la nación “(...) radicalizando la regulación legal conforme a una orientación confesional extrema (...)”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ “Actas oficiales de la Comisión Constituyente, República de Chile, v. 3, sesiones 83 -115, octubre de 1974 a abril de 1975. Garantías Constitucionales. Capítulo tercero.”, ejemplar N° 21, Talleres gráficos de Gendarmería de Chile, 1976-1983, Santiago, Chile.

¹⁷⁷ Casas, Lidia, op. cit., pág. 12. En el mismo sentido Lagos, Claudia, op. cit., pág. 25-31.

¹⁷⁸ Grau, Olga “et al”, “Discursos, Género y Poder. Discursos públicos: Chile 1978.1993”, Santiago, Ediciones LOM-Universidad ARCIS, 1997, pág. 320.

¹⁷⁹ Bascuñán Rodríguez, Antonio, op.cit., pág. 155.

III.2.5.- Análisis doctrinario. Perspectiva jurídica del aborto terapéutico.

La admisibilidad del aborto terapéutico es un tema controvertido en nuestro país dada la polarización que provoca y lo pobre del debate. La discusión que origina no es sólo con respecto a su legalización, sino también con respecto a su tratamiento como figura jurídica e incluso para dar una definición en ese ámbito. La mayoría de las legislaciones que sancionan el aborto, han excluido la punibilidad -con mayor o menor amplitud- de las conductas de eliminación del ser en gestación, cuando la finalidad es salvar la vida de la madre o evitar un daño considerable a su salud. Partiremos revisando su admisibilidad en el ámbito constitucional; luego las justificantes generales más utilizadas para considerar la admisión del aborto terapéutico en un ordenamiento jurídico. Finalmente analizaremos las normas legales que regulan el aborto terapéutico y la discusión doctrinaria acerca de su concepto, elemento y efectos.

a) Análisis Constitucional.

En el ámbito constitucional chileno existen discrepancias acerca de la admisibilidad del aborto inducido en la legislación nacional. La gran mayoría de la doctrina constitucional, como desarrollaremos a continuación, se pronuncia contraria a aceptar su cabida en nuestra legislación. Existen opiniones, sin embargo, que aceptarían la cabida del aborto terapéutico. Hasta hoy, según nuestra investigación, sólo una postura doctrinaria, desde una perspectiva constitucional, da cabida al aborto terapéutico y a las hipótesis contempladas en los sistemas de indicaciones de muchos países (nos referimos a la indicación eugénica, ética y socioeconómica)¹⁸⁰.

i) Dentro de la **posición que rechaza la admisión del aborto terapéutico dentro del orden constitucional**. Una de las opiniones más claras en este sentido, fue la del miembro de la Comisión Constituyente, Sr. Jaime Guzmán Errázuriz, quien planteó “el aborto nunca es legítimo, desde el momento en que el hijo es concebido pasa a tener alma y pasa a ser un ser humano (...) en el aborto se trata lisa y llanamente de un homicidio y la privación de la vida de otro por voluntad humana, no es admisible sino en los casos en que se aplica por autoridad competente la pena de muerte o se actúa en defensa propia...”¹⁸¹.

¹⁸⁰

Teoría desarrollada por Antonio Bascuñan, en Bascuñan, Antonio, op.cit., págs. 143-181.

¹⁸¹

Sesión 87ª de la Comisión Constituyente, celebrada el 14 de noviembre de 1974, en “Actas Oficiales de La Comisión Constituyente, República de Chile, v.3 Sesiones 83-115, octubre 1974 a abril 1975.

Para Guzmán “(...) la existencia del alma humana, dota de una dignidad al ser humano, no legítimamente atacable sea por homicidio o aborto, no disponible. Respecto de la madre y el hijo no se trata de dos derechos que estén en pugna, porque no se trata de escoger matar a la madre o al hijo, solo se trata del posible homicidio del hijo, la madre morirá como consecuencia de elementos naturales, ante el derecho a la vida de la madre no se puede oponer el derecho a la vida de la criatura dada la menor concreción de la existencia o de la vida independiente de la criatura (...)”. Con estos argumentos, el señor Guzmán, establece los fundamentos de una posición que no admite bajo ninguna hipótesis el aborto¹⁸². Pese a esta opinión, del análisis de la Actas Constitucionales se constata que no se aprobó como lo quería el señor Guzmán, una disposición que prohibiera el aborto y la eutanasia.

En materia constitucional, la doctrina mayoritaria entiende que el constituyente de 1980, al contemplar la protección del derecho a la vida en el Art. 19 N° 1 y agregar en su inciso segundo la frase “La ley protege la vida del que está por nacer”, establece una prohibición dirigida al legislador de permitir cualquier hipótesis de aborto. Así, con la prohibición de la existencia del aborto terapéutico en el Art. 119 del CS y con la existencia del delito de aborto, se logra la protección ordenada por el constituyente. Sobre todo en atención a la frecuente legalización del aborto en otros países.

En este sentido Sergio Díez señala que “(...) El texto de nuestra Constitución es claro y terminante, de manera que cualquier ley que autorice o permita el aborto por cualquier causa es inconstitucional (...)”. Para este autor, la protección constitucional comenzaría “(...) desde el primer instante de la fecundación y hasta la muerte(...)”. Agrega al respecto que “(...) la persona humana se encuentra presente desde el inicio de la vida, desde la concepción, aún cuando el embrión sea persona en potencia y el bebé sea persona en acto (...)”¹⁸³. Así, no sólo se manifiesta como contrario al aborto terapéutico, sino que como contrario a cualquier clase de

Garantías constitucionales. Capítulo tercero”, Ejemplar N° 21, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1976-1983, Santiago, Chile.

¹⁸² “(...) la madre debe tener al hijo aunque este salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación, aunque de tenerlo, derive en su muerte (...) Hay personas para las cuales el límite entre el heroísmo o el martirio, por una parte, y la falla moral, por la otra, se estrecha hasta hacerse imposible. La mayoría de los seres humanos viven gran parte de sus vidas en una zona amplia intermedia que hay entre ambas, pero la providencia permite, exige o impone muchas veces a un ser humano que ese cerco se estreche y la persona se encuentre obligada a enfrentar una disyuntiva en la cual no queda sino la falla moral, por una parte, o el heroísmo, por la otra, en ese caso tiene que optar por el heroísmo el martirio o lo que sea (...)”, Sesión 87ª de la Comisión Constituyente, celebrada el 14 de noviembre de 1974. En “Actas oficiales de la Comisión Constituyente”, op. cit.

¹⁸³ Díez, Sergio, op. cit, pág. 125-127.

aborto. De acuerdo al texto, podemos deducir que al ser persona el ser en gestación desde la fecundación, ambas calidades jurídicas (persona y ser vivo o ser humano), se inician con el mismo hecho, cual sería, la fecundación.

Es interesante destacar que entre la doctrina que defiende esta postura se suele dar el estatus jurídico de persona al ser humano desde el momento del inicio de la vida. El inicio de la vida, para esta doctrina, coincide con la concepción. De esta manera podemos encontrar puntos comunes entre los autores que sostienen la prohibición constitucional de legislar en sentido permisivo acerca del aborto.

En este mismo sentido Cruz -Coke, señala que el constituyente al proteger la vida del que está por nacer “(...) evita que en un futuro se pueda dictar una ley legalizando el aborto (...)”. Confirma esta postura señalando que hasta antes de la sustitución del Art. 119 del CS del año 1989, la única excepción permitida a la protección del que está por nacer era el aborto terapéutico que consagraba la norma citada. Luego, con la modificación se entiende que se “(...) prohíbe absolutamente toda acción que tenga por objeto provocar un aborto (...)”¹⁸⁴.

Reforzando esta opinión y reafirmando la idea de que el estatus del concebido es el mismo que para las personas y que coincidiría con el inicio de la vida, Ángela Vivanco señala “(...) que la persona humana goza de derechos por ser humano y que, en consecuencia al ordenamiento jurídico le corresponde sólo reconocerlo, garantizarlo y protegerlo (...)”¹⁸⁵. Se refiere también a la definición de persona consignada en el CC afirmando que este no se pronuncia respecto a la dignidad y derechos intrínsecos del individuo de la especie humana, sino de aquello que tiene una connotación de carácter patrimonial, así: “(...) la protección constitucional del derecho a la vida no es una protección del derecho a la vida de las personas nacidas, sino que es una protección que se extiende desde que el individuo ha sido concebido hasta su muerte (...)”¹⁸⁶.

En resumen esta postura sostiene que “(...) La constitución chilena no haría diferencia alguna entre la protección debida a los seres humanos nacidos y a la vida de los seres humanos por nacer (...) formulando en términos axiológicos, el carácter de valor absoluto de la vida

¹⁸⁴ Cruz Coke, Carlos, op. cit., pág. 99.

¹⁸⁵ Vivanco, Angela, op. cit., pág. 19. Angela Vivanco es abogada del Instituto Libertad y Desarrollo y Profesora de Bioética en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁸⁶ Vivanco, Angela, op. cit., pág. 20.

humana. El Art. 119 del CS (desde 1989) no habría hecho sino expresar los imperativos del orden constitucional en el nivel del orden legal (...)”¹⁸⁷.

ii) Por otra parte se encuentran **opiniones que admiten la posibilidad del aborto terapéutico dentro del orden constitucional**. Comenzaremos destacando la opinión de otro miembro de la Comisión Constituyente, el señor Jorge Ovalle quien manifiesta que “(...) aún cuando no es partidario del aborto, considera que hay determinadas circunstancias que lo justifican, en especial, en todos aquellos casos en que en virtud de un delito -la violación por ejemplo- una mujer engendre en sus entrañas un hijo no querido por ella, sobretodo, rechazado por ella. Le parece que, en esas circunstancias, el aborto se justifica plenamente (...)”, dejando así una posibilidad de admitir el aborto bajo circunstancias excepcionales.

Asimismo, el señor Ortúzar, presidente de la Constituyente señaló en esta misma sesión que “(...) aunque cree que el señor Guzmán tiene toda la razón, desde el punto de vista de la ortodoxia de los principios cristianos, disiente de su criterio, ya que desde una posición humana y social debe ser consecuente, pues si debiera afrontar el día de mañana el problema de decidir entre la vida de seres queridos, entre el derecho a la vida de la madre o el hijo, optaría por el de aquella (...)”¹⁸⁸. Al final de la discusión el señor Ortúzar, Presidente de la Comisión señaló: “(...) por norma general, se está condenando al aborto, y no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador determinará si hay casos tan calificados, como el del aborto terapéutico, principalmente, que puedan no ser constitutivos de delitos (...)”¹⁸⁹.

En esta postura se sostiene que la CPR admite la posibilidad del aborto terapéutico en nuestra legislación. Existe una protección de la vida del que está por nacer que establece la prohibición del aborto, pero con un rango de flexibilidad para el legislador. Esta flexibilidad del legislador se traduciría en la posibilidad de establecer excepciones limitadas al aborto terapéutico. Esta doctrina funda esta postura principalmente en la discusión de la Comisión Constituyente que no aprobó establecer una prohibición de rango constitucional del aborto. Así, se interpreta el precepto constitucional entendiendo que deja lugar a ciertos casos especiales de aborto, que la ley deberá regular.

¹⁸⁷ Bascuñán Rodríguez, Antonio, op. cit., pág. 155.

¹⁸⁸ Sesión 87ª de la Comisión Constituyente, celebrada el 14 de noviembre de 1974, en “Actas oficiales de la Comisión Constituyente”, op. cit.

¹⁸⁹ Sesión 90ª de la Comisión Constituyente, celebrada el 25 de noviembre de 1974, en “Actas Oficiales de La Comisión Constituyente”, op.cit.

Entre la doctrina nacional Nogueira et al, señalan que la disposición contenida en el artículo 19 N° 1 de la CPR se habría incluido con el fin de evitar que en el futuro se pudiera legislar en forma amplia acerca del aborto. Fundan su postura en elementos históricos, como son las actas de la discusión que se produjo al respecto en la Comisión Constituyente. Pero en esa misma discusión, señalan que se dejó en manos del legislador la regulación de alguna hipótesis especial y excepcional en que se permitiera el aborto¹⁹⁰.

En este mismo sentido y reafirmando la teoría de que el constituyente quiso dejar en manos del legislador la posibilidad de considerar alguna hipótesis especial en que el aborto no constituyese delito, tenemos la opinión de Enrique Evans de la Cuadra, quien señala que el constituyente hizo un encargo al legislador en el sentido de “(...) ocuparse de que se adopten las providencias para proteger la existencia del no nacido (...)”. Esto, teniendo presente que “(...) hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados en que exista la autorización responsable del padre o del médico tratante (...)”. Nótese que destaca la autorización del padre y no de la madre. Para completar la idea y afirmando una opinión moderada en cuanto a la admisibilidad del aborto señala que “(...) lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar; sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común (...)”¹⁹¹.

iii) Importante es el aporte del profesor Bascuñán en relación al conflicto constitucional acerca de la **admisibilidad normativa del aborto terapéutico e incluso de las otras hipótesis contempladas comúnmente en las legislaciones que contemplan sistema de indicaciones para realizar un aborto**. Como primer argumento, señala la discusión de la Comisión Constituyente ya mencionada, “(...) la redacción del texto constitucional chileno obedeció a un voto de mayoría – tres comisionados- que rechazó la propuesta de incorporar en la Constitución el contenido de la teología moral católica (...) el voto de mayoría estimó que las exigencias que tal propuesta imponía a la mujer embarazada eran incompatibles con la debida neutralidad confesional del orden jurídico, y en particular del orden constitucional (...)”¹⁹². Este profesor realiza una interpretación constitucional que muestra porqué el aborto terapéutico debe ser considerado como admisible e incluso necesario para un correcto equilibrio de los derechos

¹⁹⁰ Nogueira, Humberto, Pfeffer, Emilio y Verdugo, Mario, “Derecho Constitucional”, 2ª Edición, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, tomo I.

¹⁹¹ Evans de la Cuadra, Enrique. “Los derechos Constitucionales” actualizada por Enrique Evans Espineira, 3ª edición, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, tomo I.

¹⁹² Bascuñán Rodríguez, Antonio, op. cit., págs. 157-158.

constitucionales en ponderación en este problema¹⁹³. Así, “(...) la prohibición de matar es un deber de no causar daño a otro. Sólo impone al destinatario una restricción de su libertad general de acción. La prohibición del aborto consentido implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro. No sólo le impone una restricción de su libertad de acción, sino que le exige una contribución al bienestar del feto que desde el punto de vista de la justicia política es propia de un deber de solidaridad (...)”¹⁹⁴. Se trataría de la imposición de deberes que no se exigen a otro grupo social, “(...) ningún ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejantes respecto de otro ser humano nacido (...)”. Este deber de solidaridad que se impone a la mujer embarazada, sería excesivo y de acuerdo a lo que ofrece hoy el sistema positivo chileno “(...) todo embarazo no consentido implica una situación de estado de necesidad resuelta por el legislador en contra de los intereses de la mujer, contando con el apoyo del orden constitucional. A partir de esta premisa la pregunta que debe responderse es hasta donde puede llegar legítimamente el sacrificio de los intereses de la mujer exigible como medio para salvaguardar el interés en la vida del feto (...)”¹⁹⁵. El planteamiento de este profesor es bastante novedoso, ya que posiciona en el debate argumentos acerca de cómo resolver constitucionalmente el conflicto de intereses que se produce ante un caso de aborto terapéutico que son, el peligro para la vida de la madre y la vida del feto. Así, deja de lado la posición que acepta como válida una limitación a derechos esenciales de la mujer sin considerar una discusión, limitantes o una ponderación ante este conflicto de derechos.

En la opinión del profesor que estamos comentando, la situación en que se encuentra la CPR chilena es idéntica a la situación bajo la ley fundamental de la extinta República Federal Alemana, lo que permite un análisis constitucional fundado en las soluciones formuladas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

¹⁹³ Bascañán, para resolver una colisión de derechos constitucionales de igual rango, propone la ponderación de los bienes en conflicto, basado en el caso alemán. Una postura contraria sostiene que la colisión debe resolverse de acuerdo a la jerarquía de los derechos esenciales, que emana de la naturaleza misma de esos derechos. Esta situación será desarrollada a propósito de la discusión acerca de cuál de los bienes jurídicos –vida de la madre o del nasciturus- debe tener preeminencia si entran en conflicto. Ver supra III.3.1 letra c) N° v).

¹⁹⁴ Bascañán Rodríguez, Antonio, op. cit., pág. 157.

¹⁹⁵ Ibidem.

El Estado tiene ciertamente un deber de protección de la vida del que está por nacer, el aborto debe ser prohibido por el derecho “(...) la Constitución exige que esa protección sea dispensada aun contra la voluntad de la mujer embarazada (...) el deber de exigir a la mujer embarazada el cumplimiento de ese deber de solidaridad es correlativo a la prohibición de causar un aborto, cuando ella es su destinataria (...)”¹⁹⁶. Sin embargo se presentan dos salvedades: primero que la exigencia de regulación positiva para cumplir con el deber de protección de la garantía constitucional no es necesariamente a través del derecho penal, “(...)La cuestión de qué prestación normativa es la que corresponde otorgar para satisfacer el deber de protección se encuentra entregada a la política legislativa democrática bajo las restricciones derivadas del principio de proporcionalidad (...)”. Segundo es que el deber de protección de la vida del feto que pesa sobre el Estado no implica exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo. Se trataría de un conflicto de derechos que conlleva un embarazo y que en circunstancias excepcionales “(...) los intereses personalísimos de la mujer adquieran un peso específico tal que se haga inexigible ese deber de solidaridad que por lo general pesa sobre ella (...)”. Según el tribunal alemán, “(...) la Constitución brinda el fundamento de la autorización estatal a la práctica del aborto como medio para salvaguardar esos intereses de la mujer (...)”. Refiriéndonos al aborto terapéutico puntualmente, continúa el profesor señalando, “(...) inexigible aparece la prolongación del embarazo en especial cuando se evidencia que la interrupción es necesaria para evitar un peligro para la vida de la mujer o el peligro de una grave afectación de su estado de salud. En este caso se encuentra en juego su propio derecho a la vida y a la incolumidad corporal, cuyo sacrificio a favor de la vida aún no nacida no puede esperarse de ella (...)”. Agrega que por tratarse de un conflicto de intereses de rango constitucional “(...) la validez de su solución por el legislador se encuentra sometida a control de constitucionalidad (...) el Estado se encuentra obligado por una mandato de optimización: debe procurar la máxima realización posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas, de ambos intereses en conflicto (...) debido a este mandato de optimización el legislador no puede resolver el conflicto de modo unilateral, sacrificando en toda circunstancia o por completo uno de esos intereses a favor del otro(...)”¹⁹⁷.

Dentro del ámbito de las consecuencias normativas expuestas por el profesor Bascañán, encontramos que de acuerdo a la constitución existe un deber de tolerar el embarazo, pero la

¹⁹⁶ Bascañán Rodríguez, Antonio, op. cit., pág. 169.

¹⁹⁷ Bascañán Rodríguez, Antonio, op. cit., págs. 170-171.

exigibilidad de este deber es diferenciada: “(...) un cierto margen y afectación de intereses personalísimos de la mujer es inherente a la reproducción humana (...) Cualquier situación en la que el embarazo origine para la mujer el sacrificio de sus intereses por encima del margen y grado determinados por la medida anterior pone en cuestión la exigibilidad del deber de tolerarlo (...)”. Con la derogación de la norma que permitía el aborto terapéutico “(...) el legislador ha pretendido sacrificar unilateralmente los intereses –cualquiera sea su margen y grado- de la mujer a favor del nasciturus. Esa exigibilidad absoluta del deber de tolerar un embarazo es manifiestamente inconstitucional. El orden constitucional exige ponderación de los intereses en conflicto bajo un mandato de optimización (...)”¹⁹⁸.

b) Análisis de las normas que regulan el aborto terapéutico.

En primer lugar realizaremos una exposición general de las causas de justificación utilizadas para el aborto terapéutico. Estas causas de justificación excluyen la antijuricidad de la conducta típica. Las posibilidades se desarrollan a través de vertientes argumentales que explican su naturaleza. Las más reconocidas y aplicadas en derecho comparado son:

1.- Como una especie de **legítima defensa**¹⁹⁹ **de la madre**, ante el riesgo inminente y cierto que corre su vida, por el peligro que acarrea el embarazo que se desarrolla en su cuerpo. Se discute esta postura indicándose que en el caso de un aborto no se dan los elementos necesarios para argüir legítima defensa, “(...) por la dificultad en calificar de ‘agresión’ la simple existencia y desarrollo del feto, que no llegan a constituir siquiera ‘acción’ en el sentido penal (...)”²⁰⁰. Evidentemente, la madre no estaría defendiendo su vida, porque no hay agresión. El niño en gestación no está agrediendo, sino que está en una situación de dependencia de la madre. En definitiva lo que se estaría haciendo es considerándolo de menos importancia para efectos de salvaguardar la salud de ella²⁰¹.

¹⁹⁸ Íbidem.

¹⁹⁹ “Obra en legítima defensa quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de un tercero.” Cury, Enrique, “Derecho Penal Parte General”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999, Tomo I, pág. 364..

²⁰⁰ Etcheberry Alfredo, “Derecho Penal”. Santiago, Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1976, Tomo III, pág 106.

²⁰¹ Vivanco, Angela, op. cit. pág. 20.

2.- Fundándose en el **estado de necesidad justificante**²⁰². En el caso particular del aborto terapéutico cuando se le reconoce como estado de necesidad, existiría un conflicto de bienes desiguales, “(...) El aborto terapéutico, como justificación de una conducta típicamente antijurídica, es una aplicación del instituto del estado de necesidad a los casos en que existe un grave conflicto entre la vida o la salud, física o psíquica de una mujer embarazada y de la criatura que lleva en su vientre, conflicto que tan sólo puede ser solucionado mediante el sacrificio del feto o de la vida de la madre (...)”²⁰³. Ante estas circunstancias lo que corresponde es aplicar el principio de la ponderación de bienes jurídicos, lo que determinaría que en ciertos casos sea conforme a derecho la interrupción de la vida intrauterina, esto es, se preferiría la vida de la madre por sobre la del feto.

En el derecho comparado, hay que aclarar, este estado de necesidad justificante comprende no solo el serio peligro para la vida de la madre, sino también peligros para la salud física o psíquica de ella. Ello es evidente en legislaciones como la italiana²⁰⁴, que de acuerdo al análisis de Maggiore, considera dentro de esta eximente (salud de la madre) casos de tuberculosis, peligro de locura etc.

En el caso de la legislación española, se admite una forma tan amplia de estado de necesidad que abarca el de bienes jurídicos de igual valor. Se considera que el aborto terapéutico es impune, “(...) tanto que podría considerarse superflua su consignación (...)”²⁰⁵.

3.- El **ejercicio legítimo de la profesión de médico**. Se trataría de un caso especialmente legislado para el ejercicio legítimo de la profesión de médico. De ella se deriva que el único sujeto activo legitimado para realizar la intervención era el médico y que no se hace necesaria la concurrencia de los requisitos generales del estado de necesidad mencionado antes. Sólo es necesario cumplir con la norma sanitaria. Esto significa la realidad del peligro para la vida de la madre, lo que se constata mediante el ejercicio médico práctico, hay “(...) que estarse al criterio

²⁰² “Obra en estado de necesidad justificante quién ataca el bien jurídico de un tercero, con el objeto de evitar la lesión de uno más valioso, perteneciente a si mismo o a otro” Cury, Enrique, op. cit., pág. 370.

²⁰³ Cousiño Mac Iver, Luis. “Derecho Penal Chileno”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1975, Tomo II, pág. 429.

²⁰⁴ Bustos, Grisolfá, Politoff, “Derecho Penal Chileno”. Parte especial. “Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas”, 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993 pág. 233; Cousiño Mac Iver, Luis, ibidem, op. cit.

²⁰⁵ Quintano citado en Bustos, Grisolfá, Politoff, “Derecho Penal Chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas”, 2ª ed., Santiago, Ed. Encina, 1971 pág. 169, nota al pie N° 88.

general de que la vida y todo peligro grave para la salud, en sentido médico constituye un fin terapéutico que, supuestas las demás condiciones exigidas por el CS, justifican el aborto (...)”²⁰⁶.

A continuación, realizaremos un análisis de la doctrina chilena centrándonos en dos momentos de regulación jurídica diversa para una misma materia. Primero, considerando la regulación jurídica del aborto terapéutico anterior a la derogación de 1989 y luego considerando el escenario jurídico que se da con la derogación del año 1989, esto es a través del artículo 119 del CS. El motivo de este análisis es que el objetivo de los proyectos que analizamos es, justamente, la reposición de la figura derogada en 1989. Así abarcaremos la situación legal de este aborto antes del 1989 y en la hipótesis de aprobación del proyecto en cuestión.

1.- Situación que contemplaba el Art. 119 del CS como norma que admite y regula el aborto terapéutico, coincidente con la hipótesis del proyecto en análisis.

Para mostrar el escenario que se dio y podría volver a darse de aprobarse esta reforma, recurriremos esencialmente al manual de los profesores **Bustos, Politoff y Grisolia**²⁰⁷, en cuyo texto de 1971, hicieron un completo análisis de la situación del aborto terapéutico en el momento en que este estaba vigente como institución positiva. Complementaremos lo señalado por ellos con los argumentos de otros juristas en esa época.

El Art. 119 del CS señalaba: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

Para efectos pedagógicos se realiza un distingo en la obra de los profesores mencionados, iniciando su análisis en la situación del aborto terapéutico dentro de los márgenes del Art. 119, para luego analizar los casos que según ellos podrían darse fuera del ámbito de dicha norma.

²⁰⁶ Bustos, Grisolia, Politoff, 1971, op. cit., pág. 235.

²⁰⁷ Bustos, Grisolia, Politoff, 1971, op. cit., pág. 229.

• **Aborto terapéutico dentro de los márgenes del artículo 119 del Código Sanitario.**

El sujeto activo de la acción (lícita) será siempre el médico ya que nuestro sistema jurídico en ese momento, permitía sólo a estos profesionales la actividad terapéutica y cuando se autoriza a otros profesionales se hace en términos muy restringidos. Además, entrando en argumentos de fondo, “(...) el aborto que realiza el médico con fines terapéuticos, obedeciendo a los requisitos legales, no precisa de ciertas condiciones inherentes al estado de necesidad (y en este sentido esta justificante está mas cerca del ejercicio legítimo de una profesión que del fundamento de la necesidad), tales como la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. Basta sólo la realidad del peligro, sobre la experiencia médica, utilizada con arreglo a las normas consuetudinarias de la *lex artis* (...)”²⁰⁸. Así, un médico apenas comenzada la gestación, puede decidir practicar un aborto terapéutico a una paciente que corre peligro a causa de los futuros trabajos de parto, si la opinión documentada de dos médicos así lo ratifica. Otro argumento para restringir sólo al médico la capacidad de ser sujeto activo de esta acción lícita es que “(...) la finalidad terapéutica debe ir acompañada del conocimiento sobre el carácter indispensable de la intervención abortiva (...)”²⁰⁹.

Para **Cousiño**, sin embargo, el artículo deja en duda si el aborto debe ser necesariamente practicado por un médico cirujano o si lo podría practicar un estudiante de medicina o una matrona siempre que cuenten con la opinión documentada de dos facultativos. Agrega que “(...) no siempre el aborto requiere de la intervención docta, ya que la interrupción de la vida intrauterina puede producirse en cualquier período de la gestación, desde el momento mismo de la fecundación, aún cuando el huevo no haya anidado (...)”²¹⁰.

El consentimiento de la gestante. Los autores señalan este punto, pese a que reconocen que nuestra legislación no dice nada al respecto. Para ellos, uno de los límites dentro de esta esfera médica de tratamiento, es la libertad de la paciente para decidir acerca de la intervención, lo que se constituye en garantía y derecho para determinar los riesgos que se está dispuesto a afrontar. De pasarse sobre este consentimiento, llevará a la impunidad de acuerdo a un estado de necesidad supralegal o por no exigibilidad de otra conducta, pero quedando fuera de la hipótesis del Art. 119. Así, la aplicación de este criterio serviría para determinar cuando sería necesaria la intervención y por ende, la aplicación de la norma.

²⁰⁸ Bustos, Grisolia, Politoff, 1971, op. cit., pág. 230.

²⁰⁹ Íbidem.

²¹⁰ Cousiño Mac Iver, Luis, “Derecho Penal...”. op. cit., pág. 428.

Etcheberry sostiene que la ley prescinde del consentimiento de la madre, pero es evidente que debe ser exigido en virtud de las reglas generales sobre la licitud de las intervenciones médico quirúrgicas²¹¹.

La exigencia de la opinión documentada de dos médicos cirujanos, parecería una medida tendiente a evitar los abortos clandestinos, sometiendo a una ritualidad su ejecución. **Cousiño** señala que esta exigencia existe “(...) precisamente para evitar – a nuestro juicio- los abortos clandestinos (...)”²¹².

Los fines terapéuticos que ampara el Art. 119 no se extenderían a la prevención de cualquier merma de salud de la mujer embarazada, pero fijar un límite se considera complejo dada la amplitud del término salud. Lo razonable es estarse al criterio general de que la vida y todo peligro grave para la salud, en sentido médico, constituye un fin terapéutico que, supuestas las demás condiciones exigidas por el CS justifican el aborto. Se trata de un criterio de interpretación amplia en cuanto a que envuelve el fin terapéutico. En opinión de ellos, para delimitar los fines terapéuticos no queda sino estarse a la ética médica, expresado no sólo en el criterio del médico que realiza la intervención, sino también en las dos opiniones documentadas, unida a que el daño que amenaza a la salud sea notable. “(...) Esta solución es coherente con nuestro criterio de que no se trata estrictamente de un estado de necesidad, sino que de ejercicio legítimo de la profesión médica (...)”²¹³.

Para **Cousiño**, la expresión terapéutico, debe ser interpretada teleológicamente “(...) en el sentido de que no cualquier enfermedad autoriza como tratamiento la intervención abortiva – como ser una gastritis-, aunque existan dudas acerca de que mediante la interrupción de la vida intrauterina vaya a desaparecer el mal (...)”²¹⁴.

Para **Etcheberry** el aborto terapéutico sólo es lícito para salvar la vida de la madre. Considera la expresión fines terapéuticos vaga “(...) En general se entiende que debe tratarse de un aborto destinado a salvar la vida de la madre o evitarle una grave enfermedad (...)”. Estima que el texto legal se referiría no sólo a la vida de la madre sobre la del feto, sino también a la salud de ella sobre la vida de este²¹⁵.

²¹¹ Etcheberry Alfredo, 1976, op. cit., pág. 76.

²¹² Ibidem.

²¹³ Bustos, Grisolia, Politoff, op. cit., 1993 pág. 235.

²¹⁴ Cousiño Mac Iver, Luis, “Derecho Penal...”, op. cit., pág. 429.

²¹⁵ Etcheberry Alfredo, 1976, op. cit., pág. 76.

En cuanto al fundamento jurídico de esta figura, **Bustos et al** comienzan rechazando la tesis que considera el estado de necesidad como causal de justificación en el caso del aborto terapéutico. Esta justificante contenida en nuestro sistema en el Art. 10 N° 7, sobre estado de necesidad, sólo ampara el daño en la propiedad ajena y si “(...) bien pudiera estimarse que por constituir, en el fondo, el aborto terapéutico una especie de estado de necesidad particularmente legislado y en el que, por lo tanto, no concurre la limitación de la propiedad como único bien jurídicamente amparado, parece difícil que pudiera también desestimarse el requisito generalmente aceptado por la doctrina de la inminencia del mal que se procura evitar (...)”²¹⁶. Los autores sostienen que el aborto terapéutico como causal de justificación, “(...) solo en forma mediata tiene su fundamento en el estado de necesidad, pero en rigor constituye un caso especialmente legislado de ejercicio legítimo de la profesión de médico y por lo mismo solo puede ser invocada por este (...)”. Los fundamentos de esta justificante, no comprenderían solamente una ponderación de bienes entre la vida del feto o de la madre, sino que también estarían subordinados a la *lex artis* médica y a los criterios consuetudinarios y culturales que la delimitan. Se trataría más bien, de aplicar criterios generales de vida y de peligro grave. Un peligro no grave no puede entenderse suficiente para que la justificante opere, ya que la vida del feto además de constituir un valor jurídico, constituye también un objeto del deber de la profesión médica.

En definitiva, estos autores consideran que se trataría de una causal de justificación especial, de un caso especialmente legislado para el ejercicio legítimo de la profesión de médico. Sólo se hace necesario cumplir con la norma sanitaria. Esto significa la realidad del peligro para la vida de la madre, lo que se constata mediante el ejercicio médico práctico, hay “(...) que estarse al criterio general de que la vida y todo peligro grave para la salud, en sentido médico constituye un fin terapéutico que, supuestas las demás condiciones exigidas por el CS, justifican el aborto (...)”²¹⁷.

La posición contraria es sostenida por **Cousiño** quién señala que se trataría de un “(...) verdadero estado de necesidad que autoriza la comisión del acto, no obstante su ilicitud objetiva (...)”. El CP en su Art. 345 autorizaría implícitamente el aborto terapéutico al castigar únicamente al médico que cause un aborto “abusando” de su oficio, esto complementado con el Art. 119 del CS. Para este autor “(...) la ley quiere evitar que un facultativo pueda realizar un

²¹⁶ Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., págs. 166-167.

²¹⁷ Bustos, Grisolia, Politoff, 1971, op. cit., pág. 235.

aborto clandestino, ya que la única manera que tiene para demostrar que no ha abusado de su oficio es la antes señalada (...)"²¹⁸. En el mismo sentido Labatut²¹⁹.

Etcheberry consideraba muy amplios los términos de esta norma, por lo que entregaba algunas reglas para su correcta interpretación, que pueden resumirse en lo siguiente: 1) el único fin válido para realizar un aborto es el terapéutico, no entraría aquí la motivación eugenésica, estética económica, etc. 2) por fines terapéuticos se referiría a “fines curativos” por lo que la intervención debía buscar la defensa de la vida, la integridad corporal o la salud de la madre y ningún otro bien jurídico. 3) la penalidad general del aborto mostraba que para la ley la vida del feto es un bien digno de protección incluso contra los atentados que la propia madre pudiese intentar, por lo que no bastaría el consentimiento de esta para su legitimidad, ni aún con fines curativos. 4) se trataría de un conflicto de intereses, ambos dignos de protección, pero donde uno debe ser sacrificado en pos de otro. 5) De acuerdo a la disposición en análisis uno de los requisitos es que el mal que se pretende evitar sea mayor que el que se causa para evitarlo. Así se pueden plantear dos conflictos de acuerdo a lo antes expuesto, ya sea entre la vida del feto y la salud de la madre, en que el autor estima que la salud de la madre no puede ser considerada un bien jurídico superior a la vida del feto, lo que se desprende del análisis conjunto de las penalidades que la ley establece; o con respecto al aborto por un lado y las lesiones corporales por otro. “(...) En general las penas del aborto resultan más severas, lo que muestra que, dentro del concepto legislativo, la vida del feto es un bien jurídico mas importante que la salud de la madre, y aún en el caso de que fueran iguales, no se cumpliría el requisito de que el mal temido fuera ‘positivamente’ más grave que el mal causado (muerte del feto) (...)”. Ahora, si el conflicto se planteaba entre la vida de la madre y la vida del feto “(...) no cabe duda de que en el pensamiento de la ley la muerte de la madre es un mal mayor que la muerte del feto, y que, en consecuencia, se cumpliría en este caso el requisito legal(...)”. Etcheberry llega a esta conclusión deduciendo la comparación de la penalidad de los delitos de aborto y de homicidio en sus diversas formas.

Agrega que “(...) cualquiera que sea la opinión que esto pueda merecernos desde el punto de vista moral, no puede discutirse que el legislador así lo ha estimado (...)”²²⁰. 6) Para concluir, estima que el aborto terapéutico sólo será lícito para salvar la vida de la madre a costa

²¹⁸ Cousiño Mac Iver, Luis. “Derecho Penal Chileno”. op. cit., pág. 98

²¹⁹ Labatut, Gustavo, “Derecho Penal. Parte Especial”, 7ª ed, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983, 2º v., pág. 128.

²²⁰ Etcheberry Alfredo, 1976, op. cit., pág. 75.

de la vida del feto (criterio que estaría expresado de algún modo por la comisión redactora del CP). Además señala requisitos adicionales que deben cumplirse para la correcta aplicación de esta norma, que serían los del estado de necesidad: la realidad o peligro inminente del mal que se teme (en este preciso caso será únicamente el peligro inminente, ya que la realidad sería la muerte misma de la mujer) y que no fuere posible la aplicación de otro medio menos perjudicial para evitar el mal. “(...) Creemos que la opinión documentada de dos médicos cirujanos a que la ley se refiere debe versar precisamente sobre los puntos señalados (...)”²²¹.

• **Aborto terapéutico fuera de los márgenes del Art. 119.**

Sería el caso en que el médico se encuentra frente a una situación de emergencia, en 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 afrontada sino como un caso de estado de necesidad no legislado. Si se dan los requisitos generales del estado de necesidad, incluido 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, exterioriza la supremacía del valor de la vida de la persona sobre la vida del feto²²². En consecuencia en este caso se 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 supralegal. En caso de tratarse de un conflicto entre la salud amenazada de un grave daño, en forma actual o inminente, y la vida del feto, en el caso del médico, en principio, la solución es la misma. Las dificultades respecto a este tema surgen del hecho de tratarse de un balance de bienes y no de deberes, lo que sólo puede hallar solución por la vía de la exculpación (no exigibilidad de otra conducta). Un auténtico fin terapéutico impedirá aplicar al médico la figura agravada del Art. 345. Por otro lado, un daño de escasa consideración que amenace a la mujer, no podría primar sobre el deber médico de amparar la vida del feto sin que el sistema entrara en contradicción consigo mismo.

Etcheberry analiza este tipo de aborto en su obra dentro del aborto abusivo del profesional y opina, contra la opinión de Bustos, Politoff y Grisolia en esa época, que la regla

²²¹ Etcheberry Alfredo, 1976, op. cit., pág. 76.

²²² Etcheberry coincide en la necesidad de legislar esta situación, pero no como interpretación de lege lata, en Etcheberry Alfredo, 1976, op. cit., nota al pie N° 1, pág. 76.

general será que la práctica por un profesional médico de abortos, es un abuso y por lo tanto un delito²²³. Aún más, considera que los términos del Art. 119 son muy amplios, por lo que entrega pautas para la correcta interpretación del mismo, como explicamos anteriormente.

2.- Efecto de la derogación del aborto terapéutico en el artículo 119 del Código Sanitario.

El actual Art. 119 del CS señala: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Esta modificación ha motivado diversas opiniones que revisaremos a continuación. Con ella se intenta excluir toda conducta tendiente a terminar con la vida del ser en gestación, pero existen ciertas acciones que a pesar de cumplir con los elementos descritos en la norma, no necesariamente serían sancionables por el ordenamiento jurídico. A continuación una reseña de los argumentos para sostener esta postura.

Para **Garrido Montt** el aborto terapéutico es “(...) aquel realizado con el consentimiento de la mujer de acuerdo a los principios médicos, 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 (...)”²²⁴. El profesor Mario Garrido Montt, estima que a pesar de la derogación introducida por la ley N° 18.826 del año 1989, no habría impedimento para poner término al estado de preñez si por razones propias de la *lex artis* médica corresponde hacerlo como “(...) tratamiento curativo, considerando tal situación conforme a los principios generales que rigen la tipicidad y la antijuridicidad (...)”. El médico, al velar por la vida de la mujer conforme a la *lex artis*, cumple con su función, lo que sería una **conducta atípica**. Esta hipótesis requerirá siempre del consentimiento explícito de la mujer²²⁵. Complementa la justificación de la posibilidad de aborto terapéutico no punible, señalando que de no compartirse el que se trate sólo de cumplimiento de la *praxis* médica, la actividad del profesional se encuadraría en la justificante del Art. 10 N° 10 (ejercicio legítimo de un oficio), porque su finalidad no es causar un aborto, sino salvar una vida.

El profesor **Bascuñán** considera errónea esta posición basada en la atipicidad de la conducta, por las siguientes razones: a) el consentimiento de la mujer sólo excluiría la antijuridicidad de la conducta, no su tipicidad, “(...) el fundamento de la exclusión de lo injusto de

²²³ Etcheberry Alfredo, 1976, op. cit., pág. 76.

²²⁴ Garrido Montt Mario, “Derecho Penal”, Parte Especial, Santiago, Ed. jurídica de Chile, 1997, Tomo III, pág. 118.

²²⁵ Garrido Montt Mario, op.cit., págs. 118 y 119.

las intervenciones terapéuticas se encontraría en el consentimiento del ofendido: la idoneidad terapéutica de la intervención simplemente hace concluyente ese efecto del consentimiento (...)”²²⁶; b) la intervención terapéutica sólo reviste este carácter para la mujer embarazada, pero no para el feto. Por lo que sólo se excluyen del injusto las lesiones corporales inferidas a ella, pero no la muerte del feto (así, “(...) reconocer a la mujer embarazada autonomía para decidir acerca de la muerte del feto es negar la prohibición del aborto consentido (...)”²²⁷, pero la existencia de una prohibición penal a nivel de la regulación legal, en el CP y en el CS, no puede dejar de producir efectos en la configuración de la *lex artis*. Respecto de la alternativa propuesta por Garrido Montt de considerar el aborto como el ejercicio legítimo de un oficio, para Bascuñán esta posición “(...) no parece ir un paso más allá de la doctrina del doble efecto (...)”²²⁸.

Bustos et al mantienen los argumentos sostenidos antes de la derogación del Art. 119 del CS, sin ninguna modificación²²⁹.

Para **Politoff et al**, el aborto terapéutico cumple con la finalidad que su nombre indica y por lo tanto debe ser ejecutado conforme a la *lex artis*, lo que lleva a la conclusión de que se trata de un presupuesto ilícito, justificado con arreglo a la disposición del Art. 10 N° 10 del CP, que es el ejercicio legítimo de una profesión. Se entiende agregado para la mayoría de la doctrina, el requisito del consentimiento de la paciente para que el acto resulte justificado para ambos, por lo que esta especial justificante “(...) sólo sería aplicable en los casos de aborto consentido causado por facultativo (...)”²³⁰. Esta conclusión, según los autores no se alteraría por la derogación introducida por la ley N° 18.826, ya que la nueva redacción del Art.119 “(...) no hace mas que transcribir en términos imperativos la prohibición que establece el Art. 345²³¹ para los facultativos, admitiendo expresamente en su preámbulo que en los casos excepcionales debe recurrirse a las reglas generales del Código Penal (...)”. Estas reglas serían las del art. 10 N° 10, mencionado antes a las que se recurría indubitablemente desde la dictación del CP y hasta antes de la entrada en vigencia del primer texto del CS, cuyo Art. 226 y luego 119, regulaba especialmente el aborto terapéutico. En conclusión “(...) que ya no existe una justificación

²²⁶ Bascuñán Rodríguez, Antonio, op. cit., pág. 163.

²²⁷ Bascuñán Rodríguez, Antonio, op. cit., pág. 163.

²²⁸ Bascuñán Rodríguez, Antonio, op. cit., pág. 164. La teoría del doble efecto fue desarrollada dentro de las definiciones de aborto. Ver III.2.1. número 5.

²²⁹ Bustos, Grisolia y Politoff, 1993, op.cit., págs. 165 a 173.

²³⁰ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, M^a Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 90-92.

²³¹ Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

especialmente regulada, no excluye la aplicación de las reglas generales, sino simplemente obliga a apreciar si en el caso concreto se dan los extremos en que, conforme a la *lex artis*, se encuentra indicada la interrupción del embarazo como procedimiento terapéutico (...)”²³². Para éstos autores en los casos en que exista una necesidad terapéutica, pero la intervención no sea realizada por un facultativo de acuerdo a su *lex artis*, estiman que “(...) atendidas las circunstancias extremas en que dichos sucesos podrían producirse (peligro para la vida de la madre y ausencia de facultativos o de médicos especialistas, etc.), la eximente del Art. 10 N° 9 parece lo suficientemente amplia para abarcarlos (...)”²³³.

Por su parte el profesor **Etcheberry**, señala que con la derogación de 1989 la situación es distinta. La norma derogada y su reemplazante son normas que tienen como destinatario al médico, las matronas y quienes ejercen profesiones auxiliares de los mismos. Se trata de un precepto del CS, del libro V titulado “Ejercicio de la medicina y profesiones afines” y todo su articulado reglamenta el ejercicio de estas actividades. Agrega que, a pesar de lo categórico de la disposición actual, no se indican las penas que corresponderían a la contravención de dicha norma, por lo que su penalidad quedaría entregada al CP y si obran como profesionales al Art. 345. Esto en la “(...) medida que su acción se ajuste a la tipicidad del aborto y no esté cubierta por una causal de justificación o de inculpabilidad (...)”.

En su manual consigna que existen antecedentes históricos que avalan dicha aplicación, ya que las consideraciones introductorias de la ley N° 18.826 dejan expresamente a salvo la posible aplicación de tales causales por ser causales de aplicación general del CP.

Respecto de las causas justificantes del aborto terapéutico, no esta de acuerdo con el argumento del estado de necesidad, invocado subsidiariamente por Garrido Montt. La reglamentación legal de esta justificante solo es aplicable cuando el daño que se causa recae en la propiedad ajena y no en la vida (en este caso se trata de la vida del feto). La solución acertada para este autor coincide con lo planteado por los profesores Bustos y Politoff, ya que tratándose de la causal del Art. 10 N° 10 del CP (obrar en ejercicio legítimo de un derecho u oficio), contando con la concurrencia de los requisitos legales para que ella se configure, se trataría de una intervención lícita, siempre y cuando se trate de salvar la vida de la madre, y cuando el peligro sea cierto de acuerdo a los conocimientos médicos. Este autor restringe los fines terapéuticos que justifiquen el aborto o la intervención para salvar la vida de la madre a costa de

232

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, M^a Cecilia, op. cit.

233

Ibidem.

la vida del feto. Esto, contando siempre con el consentimiento materno²³⁴ que deberá ser siempre expreso en lo posible, además de los requisitos de realidad o peligro inminente de la muerte de la mujer y no existiendo otro medio practicable o menos perjudicial para evitarlo.

Daremos una descripción de los argumentos que exhibe el profesor Etcheberry para sostener esta postura, ya que es el que más desarrolla esta solución jurídica: 1.- el texto del Art. 342 se refiere al que “maliciosamente” causare un aborto, y debe ser entendido en el sentido de que el médico que provocaba el aborto para salvar la vida de la madre realiza un acto justificado; 2.- A pesar del valor jurídico de la vida del feto (bien jurídico protegido por la ley), también lo es la vida de la gestante. Las penas asignadas a los atentados contra una y otra vida, ponen de manifiesto que la protección no es de la misma intensidad, los atentados contra la vida de las personas son sancionados más severamente que los perpetrados contra la vida del feto (que para el autor legalmente no es persona). Por ejemplo, “(...) siendo el consentimiento de la gestante indispensable para la intervención del médico, en caso de no estimarse justificada la actuación de este, debería ser sancionado con la pena del Art. 342 N° 3²³⁵, pero aumentada en un grado por tratarse de un facultativo, con lo que la pena sería de presidio menor en su grado máximo (de tres años y un día a cinco años). Esta penalidad es inferior incluso a la prevista para el homicidio simple (Art. 391 N° 2°, presidio mayor en sus grados mínimo a medio, (desde cinco años y un día hasta quince años) y menor aún que la pena del homicidio calificado (...)”²³⁶; 3.- Una solución pasiva, en que el médico deba esforzarse por salvar la vida de ambos, absteniéndose de obrar directamente sacrificando una vida u otra, sería incompatible con la “posición de garante” que el médico asume con respecto a la mujer que es su paciente, y podría hacerse responsable de homicidio por omisión en caso de que su actitud pasiva tuviera como desenlace la muerte de la gestante (lo más probable es que también resultara en muerte para el feto); 4.- De acuerdo a los antecedentes y motivos de la ley N° 18.826, aunque excepcionales, parecerían seguir existiendo casos en que la vida de la madre pueda verse realmente amenazada por la continuación del embarazo, casos que habrán de resolverse conforme a las reglas generales del CP. Esto equivale a disponer: “(...) que habrá casos en que, conforme a las mencionadas reglas, la salvación de la

²³⁴ No basta el sólo consentimiento de la mujer, se trata de requisitos copulativos, ya que la ley protege la vida del feto incluso contra los atentado causado por la propia gestante o con la anuencia de esta, en Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal Parte General”, 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica, 1998, tomo III, pág. 106.

²³⁵ Aborto causado por un tercero con el consentimiento de la mujer, será penado con presidio menor en su grado medio (desde 541 días a tres años).

²³⁶ Etcheberry Alfredo, 1998, tomo III, op. cit. pág. 108.

vida de la madre mediante la muerte de la criatura resultará impune, dado que el CP no permite otra solución, la causal de justificación para este evento sería: el ejercicio legítimo de un derecho u oficio. Si esta causal no es aplicable a los médicos, ninguna otra lo será y la excepción reconocida por el preámbulo de la mencionada ley, no se daría jamás (...)”²³⁷. En consecuencia, concurrirán los requisitos de esta causal cuando la vida de la madre esté en peligro cierto y para salvarla sea necesario practicar una intervención que inevitablemente acarreará la muerte del feto, situaciones que habrá que apreciar conforme a la práctica y conocimientos médicos. Distinto es todo lo planteado por Etcheberry respecto a la salud de la gestante. Para el autor, el aborto terapéutico solo es lícito para salvar la vida de la madre a costa de la vida del feto, a la luz de la norma hoy derogada²³⁸.

El profesor **Bascuñán** critica la postura de Etcheberry, al invocar la regla del Art. 10 N° 10 del CP, como justificante ante la realización de un aborto terapéutico. Para Bascuñán este artículo no contiene una norma justificante sino una metarregla que otorga prioridad a las normas del ordenamiento jurídico que “(...) autorizan a realizar las acciones u omisiones típicas por sobre las normas punitivas (o las normas de comportamiento a ellas subyacentes). Invocar el Art. 10 N° 10 implica asumir el compromiso de identificar la(s) norma(s) que autorizan a realizar el comportamiento prohibido o a omitir el compromiso ordenado, y que en tal virtud configuran las causas de justificación ¿Cuáles son esas normas, tratándose del ‘oficio’ del profesional de la medicina o del ‘derecho de cualquier tercero’?(...)”²³⁹. Etcheberry menciona entre los requisitos para considerar legítima la práctica de un aborto los que antiguamente consideraba como condiciones de aplicabilidad del antiguo Art. 119, hoy derogado. Para Bascuñán, las consideraciones de Etcheberry derivadas de la norma contenida en el derogado Art. 119, no pueden prevalecer sobre una prohibición legal expresa, que es el tenor actual de este artículo.

Urria Hering indica que el alcance de esta nueva norma jurídica es “(...) el establecimiento de una norma de carácter prohibitivo, que impide toda acción directa destinada a provocar un aborto (...)”. Con esto constata la reafirmación del indicio de antijuridicidad del tipo aborto, ya establecido en el CP. Con la derogación de la presunción de legitimidad de las acciones que reunían los requisitos del antiguo Art. 119 se derogó la causal de justificación específica que permitía la indicación abortiva para salvar a la madre (aborto terapéutico). La

²³⁷ Etcheberry Alfredo, 1998, tomo III, op. cit., pág. 108.

²³⁸ Etcheberry Alfredo, ibidem, pág. 104

²³⁹ Bascuñán Rodríguez, op. cit., pág. 165.

conducta abortiva será siempre típica y antijurídica, por lo que el médico en estos casos sólo podría evitar la sanción penal por la vía de la exculpación.

El propio legislador estableció la licitud de los procedimientos médicos que se empleen para salvar la vida de una madre embarazada y que tengan paralelamente el resultado no buscado ni deseado, de causar la muerte al feto, en virtud del llamado principio del doble efecto²⁴⁰. Así, Urría concluye que en Chile el aborto terapéutico importaría siempre una conducta típica y antijurídica “(...) especialmente si tenemos en cuenta que la norma derogada tenía el carácter de permisiva(...)”²⁴¹. A su parecer “(...) el problema de la finalidad de realizar una conducta abortiva parece ser el elemento que determinaría la antijuridicidad de la acción médica, según el legislador, al excluir de la ilicitud a los llamados abortos indirectos (...)”. No acepta la aplicación de la causal de justificación genérica del Art. 10. N° 10 del CP, ya que al encontrarse el Art. 119 en el libro V del CS, entre las normas que regulan el ejercicio de la medicina y profesiones afines, no se aplica una regulación que tiene el carácter de genérica. El legislador al regular el ejercicio de la profesión de médico le está prohibiendo a este realizar toda conducta que tenga por finalidad realizar un aborto, incluso el aborto indirecto, es un ejercicio ilegítimo de la profesión de médico realizar cualquier acción abortiva²⁴². Desde esta postura el “(...) médico que realiza un acto que consista en darle muerte al feto en gestación, para salvar la vida o evitar un grave daño a la salud de la gestante, sólo podría invocar una causal de exculpación sobre la base de no exigibilidad de otra conducta (...)”²⁴³. En apoyo de esta tesis el profesor Luis Rodríguez señala que la situación actual es “(...) la ausencia de regulación específica, porque en estas circunstancias los casos en que se actúa para salvar la vida de la madre, puede llegar a tener un efecto eximitorio, no en razón de su eventual licitud, sino en virtud de la falta de culpabilidad, por no ser exigible una conducta diversa (...)”²⁴⁴. Esto elimina la responsabilidad penal para el facultativo que realiza la intervención, pero deja subsistente el problema de la responsabilidad civil. Siguiendo con esta corriente de opinión, a la madre le sería aplicable la causal de fuerza moral insuperable o miedo irresistible.

²⁴⁰ Urría Hering, Pablo, “Fundamentación médico legal del aborto terapéutico”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1993, pág. 64.

²⁴¹ Urría Hering, Pablo, op. cit., pág. 71.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Rodríguez, Luis, “El delito de aborto frente a la constitución de 1980”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (14):385-387, 1991.

Cousiño, después de la derogación del antiguo Art. 119 del CS, contempla el aborto médico inculpable entre los casos más frecuentes de no exigibilidad de otra conducta, no contemplados expresamente en el CP, como un estado de necesidad intralegal. Sostiene que “(...) En la actualidad el aborto, llevado a cabo por un médico en ejercicio de su profesión, no tiene sanción, porque es atípico, según el Art. 345 del CP, siempre que se realice con el fin curativo de salvar la vida de la madre y no únicamente con el fin de provocar el aborto, de acuerdo, esto último, con el texto actual del CP, o sea abusando de su oficio (...)”²⁴⁵

Para concluir esta parte revisaremos la postura planteada por **Bascuñán**, quien introduce al debate aspectos constitucionales no considerados antes por el debate jurídico en torno al aborto terapéutico. Señala que para el caso del aborto terapéutico, basta con aplicar los criterios de ponderación y estricta necesidad, de la institución del estado de necesidad justificante y no se requiere causal de justificación especial. En caso de peligro para los propios intereses, si ello es imprescindible, es legítimo reaccionar contra la fuente de ese peligro, con tal que el mal que se causa (el bien de afectación) no sea superior al mal que se evita (el bien de protección). Esta sería la situación del estado de necesidad defensivo ya que no hay agresión ilegítima, no cabe legítima defensa. Pero, ya que el afectado por la reacción defensiva no es ajeno a la creación del peligro, tampoco cabe aplicar la exigencias de ponderación del estado de necesidad agresivo. El estado de necesidad defensivo cubre los casos de intervención humana generadora de un peligro letal no considerados como situaciones en que se aplique la legítima defensa. La situación del feto cuya presencia genera ese peligro para la mujer es uno de esos casos: está excluido de la legítima defensa porque no consiste en una “agresión” (el feto no es capaz de acción). Constitucionalmente el aborto se justificaría en el principio de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2 CPR), ya que nadie tiene por qué tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente del peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, con tal que esos intereses tengan un peso específico menor o equivalente al peso específico de los intereses que se protege. La contravención de este planteamiento implicaría una discriminación arbitraria y en la medida que el Art. 119 que deroga el aborto terapéutico, restringe la aplicación del estado de necesidad defensivo justificante a la mujer embarazada del peligro letal, actual o inminente procedente del feto es inconstitucional²⁴⁶.

²⁴⁵ Cousiño Mac Iver, Luis, “Derecho penal...”, op. cit. pág. 248-260.

²⁴⁶ Bascuñán Rodríguez, op. cit., pág. 173.

El deber de solidaridad impuesto por el legislador a la mujer es el deber de tolerar el embarazo. El estado no puede imponer legítimamente un deber de solidaridad superior a las exigencias propias del embarazo²⁴⁷. A la mujer embarazada “(...) no le es exigible más sacrificio de su integridad corporal y salud que el que impone por regla general un embarazo (...) La indicación terapéutica no exige actualidad o inminencia del peligro, ni tampoco la estricta necesidad de la interrupción del embarazo como medio para evitar la concreción de ese peligro. El pronóstico de peligro probable ya implica un traspaso del umbral de afectación de los intereses personalísimos de la mujer que es inherente al embarazo. Entrar en ese peligro es una decisión de conciencia de la mujer embarazada, que el estado no puede exigir por la fuerza. Este es el preciso y legítimo ámbito de aplicación del aborto terapéutico (...)”²⁴⁸. A nivel práctico, la interpretación extensiva de la antigua disposición del Art. 119 era enteramente correcta para este autor. Desde el punto de vista del conflicto de derechos constitucionales, es la única interpretación conforme a ella. De aquí el profesor deduce que la redacción introducida por la ley N° 18.826, en la medida que restringe la aplicabilidad de la indicación terapéutica como situación justificante del aborto, es inconstitucional.

²⁴⁷ Para Bascuñán “este es el fundamento normativo de la extensión de la institución del aborto terapéutico más allá de los estrictos límites del estado de necesidad defensivo”. Lo que nos llevaría, de aceptarse este supuesto, hasta la indicación socio-económica.

²⁴⁸ Bascuñán Rodríguez, op. cit., pág. 175.

III.3.- Análisis de los proyectos de ley que proponen aumentar la penalidad al delito de aborto y otras modificaciones al Código Penal.

Es necesario señalar, que todos los proyectos analizados en esta parte, proponen modificar las normas del CP relativas al aborto, siendo la única excepción el proyecto presentado por el entonces diputado Alberto Espina y otros en 1994, el cual proponía además, modificar el Art. 83 del CPP. Por lo anterior es que previo al análisis de los proyectos presentados, es necesario hacer una breve descripción de las normas penales vigentes relativas al aborto, a fin de tener una cabal comprensión de las reformas propuestas y sus fundamentos. El contexto en que se presentan a discusión estas iniciativas obedece a circunstancias sociales que ponen el tema en relevancia, así en el año 1994, Chile preparaba su participación en la IV Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, donde se trataría el tema del aborto en relación con el crecimiento demográfico y que se desarrolló en El Cairo ese mismo año²⁴⁹. El año 2002, se produjo el descubrimiento y aprehensión de un médico que efectuaba procedimientos abortivos en una clínica en Santiago²⁵⁰, lo que motivó retomar la discusión del tema, enfatizando el reproche a los terceros involucrados en el delito.

²⁴⁹ “Senador Larraín propone aumentar penas por aborto”, El Mercurio, Santiago, 26 de julio de 1994, pág. C4; “Penalizar no Basta”, El Mercurio, 7 de agosto de 1994, pág. A2.

²⁵⁰ “UDI promueve castigo a tontos que realizan abortos y no a ellas: proponen ‘perdonar’ a féminas que sapeen a reyes del raspaje”, La Cuarta, 26 de julio de 2002; “UDI presentó proyecto de ley, piden no sancionar a mujeres que abortan”, Las Últimas Noticias, 26 de julio de 2002.

III.3.1.- El Aborto en el Código Penal

El delito de aborto esta regulado en el CP, en los Arts. 342 a 345, del título VII “Crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de las Familias y la Moralidad Pública”, del libro II referido a los “Crímenes y Simples Delitos y sus Penas”. Existe una amplia discusión doctrinaria desde el punto de vista de la dogmática penal, acerca del delito de aborto desde varios aspectos. Así, en nuestro ordenamiento jurídico nunca ha existido una definición legal acerca de lo que es el delito de aborto. Unido a lo anterior, se desarrollan argumentos en orden a determinar cuál sería el bien jurídico protegido del este delito. Desde el punto de vista típico es necesario determinar quién sería el sujeto pasivo. En varios aspectos la doctrina mayoritaria es conteste, sin embargo, en otros no existe pleno acuerdo. No es el objetivo de nuestro trabajo desarrollar latamente esta discusión. Sin embargo, será abordada respecto de los puntos en que los proyectos proponen modificaciones.

a) Título en que se encuentra regulado el aborto.

Pese a que nuestro CP tuvo, en la práctica, como modelo el CP Español de 1848²⁵¹, el cual reglamentaba el aborto entre los delitos contra las personas, la comisión redactora en esa parte siguió el orden de las materias seguido por el CP Belga²⁵², vinculando el delito con la familia y las buenas costumbres. Lo anterior ha sido objeto de amplias críticas y discusiones de parte de la doctrina, por motivos que dicen relación con determinar cuál es el bien jurídico protegido por esta figura, pues este criterio sirve, mayoritariamente en nuestro CP, para sustentar la sistematización de los delitos.

La doctrina penal chilena es conteste en señalar que el aborto está mal ubicado en el CP²⁵³. En este sentido, Etcheberry sostiene que no necesariamente atenta contra el orden de las

²⁵¹ El decreto de nombramiento de la Comisión Redactora del CP, indicaba que debería tenerse como modelo el CP Belga de 1867, no obstante en la práctica la comisión prefirió tomar como tal al CP Español de 1848, con excepciones. A este respecto Etcheberry, Tomo I, 1998, op. cit., pág.46.

²⁵² Si bien en este punto respecto al orden de las materias se siguió al CP Belga de 1867, en cuanto a las disposiciones se tomó como base el CP Español, con preferencia al Belga (...) “*por ser (las disposiciones del código español) iguales en el fondo i mas claras que éstas (las del código belga)(...)*”, Sesión 66 Actas de la Comisión Redactora del CP, en “Código Penal Chileno y Actas de la Comisión Redactora con estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba”, Ed. EDEVAL Valparaíso, 1974, pág. 378.

²⁵³ Labatut, Gustavo, “Derecho Penal”, 9ª ed. actualizada Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, 2º v, pág. 126; Etcheberry, Alfredo, 1998, op. cit., pág. 46; Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág 138-139; Garrido Montt, Mario, op. cit., pág. 96.

familias (ya que es igualmente punible el aborto de una mujer casada que el de una soltera; el de una menor de edad que el de una adulta) ni contra la moralidad pública (moral sexual). Sin embargo, el argumento central contra la ubicación actual de este delito es que atenta contra otro bien jurídico: la vida del feto o producto del embarazo o de la concepción, punto que pasaremos a revisar mas abajo. Novoa explica que la ley entiende al ser en gestación como persona “(...) pero no en un sentido jurídico, calidad que sólo se adquiere con la autonomía de vida o nacimiento. Este constituye simplemente un ser o persona natural en sentido físico, que forma parte del género humano y cuya vida la ley protege y resguarda, de manera diversa (...)”²⁵⁴.

Etcheberry señala que el legislador hizo bien en no considerar el aborto entre los delitos contra las personas, ya que el sujeto pasivo, el producto de la concepción, no es todavía persona, ni aún para el derecho penal, mientras no tenga existencia individual²⁵⁵. Ahora, no por esto el profesor Etcheberry deja de considerar que hubiese sido más afortunada su ubicación en el título VIII “De los delitos contra las personas”, ya que este consiste fundamentalmente en un atentado contra la vida de las personas.

Entre los efectos de que el aborto no se encuentre entre los delitos contra la persona, esta el hecho de que no es posible que de esta figura pueda existir cuasidelito, pues el artículo 490 del CP, se refiere sólo a los delitos contra las personas. No obstante lo anterior, entre los artículos que rigen el aborto, alguna parte de la doctrina ha considerado que existen casos de aborto culposo, lo cuál no es del todo aceptado, como veremos al revisar las figuras de aborto.

b) Concepto Jurídico de Aborto, Bien Jurídico Tutelado y Sujeto Pasivo.

Nuestro CP **no define** lo que es el aborto. Su modelo, el CP Español de 1848, tampoco lo hacía. Por lo tanto su determinación queda a la doctrina y a la jurisprudencia. En la doctrina penal chilena ha habido extensas controversias al respecto y el concepto ha ido evolucionado hasta llegar a lo que hoy la opinión dominante considera que es el concepto del delito de aborto. En principio, la discusión era si la definición de aborto comprendía la expulsión de la criatura o bastaba la muerte del ser en gestación. Así, para Del Río lo que constituye 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,

²⁵⁴ Novoa Aldunate, Eduardo, op. cit., pág. 18.

²⁵⁵ Etcheberry Alfredo, 1998, tomo III, op. cit., pág. 87.

unos y otros hechos coinciden (...)”²⁵⁶. Para Labatut, desde el punto de vista jurídico, aborto es: “(...) la destrucción del producto de la concepción en cualquiera etapa de la vida intrauterina, ya sea por la expulsión violenta del embrión o feto o por su destrucción en el vientre de la mujer (...)”²⁵⁷. La doctrina dominante representada por Etcheberry lo define como: “(...) la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona (...)”. También se entiende aborto como la interrupción de la vida intrauterina que provoca la muerte del producto de la concepción dentro o fuera del seno materno²⁵⁸. Otros como Politoff, Bustos, Grisolí simplemente lo definen como: dar muerte al feto²⁵⁹. Garrido Montt lo define como la interrupción del embarazo con destrucción o muerte del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la mujer. En definitiva, lo esencial al concepto dice relación con la muerte del feto o producto de la concepción, sea dentro del útero materno o fuera, siempre que en este caso la muerte sea una consecuencia de la interrupción de la gravidez. Con esto, la idea de aborto aparece referida a la destrucción o muerte del que esta por nacer, y no a la expulsión o absorción por el organismo materno. En este sentido también es que el delito de aborto es considerado de aquellos de resultado, por oposición a aquellos denominados de mero peligro.

El **bien jurídico** protegido por esta figura es, de acuerdo a la doctrina dominante, la vida del feto o producto del embarazo o del producto de la concepción, la vida humana en gestación, la vida incipiente²⁶⁰. Labatut agrega la libertad de toda mujer a ser madre, en caso de aborto no querido o no consentido por ella. Sólo así se explicaría la menor penalidad cuando la mujer consiente²⁶¹. Etcheberry señala que aunque “(...) fundamentalmente sea la vida del no nacido el bien jurídico que se protege, no impide que también la ley haya querido tutelar otros bienes jurídicos como la vida y la salud de la mujer embarazada, en algunos casos el orden de las familias, el interés demográfico o, como dice la ley italiana, la “integridad de la estirpe (...)”²⁶². A este respecto es clarificador lo señalado por Politoff, Bustos, Grisolí en atención a que “(...)

²⁵⁶ Del Río, José Raimundo, “Derecho Penal”, Santiago, Editorial Nacimiento, 1947, tomo III.

²⁵⁷ Labatut, Gustavo, 1990, op. cit, pág. 126.

²⁵⁸ Cousiño Mac Iver, Luis, “Derecho Penal...”, op. cit., pág. 96.

²⁵⁹ La expresión feto en este capítulo será utilizada en un sentido amplio de producto de la concepción.

²⁶⁰ Labatut, Gustavo, 1990, op. cit., pág. 126; Etcheberry, Alfredo, 1998, op. cit., Tomo III, pág.88; Bustos, Grisolí, Politoff, 1993, op. cit., pág. 142; Garrido Montt, Mario, op. cit., pág. 97. Schepeler Raveau, Manuel. “El delito de aborto”, Memoria N° 18. Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Universidad Católica de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967, pág. 12, señala que “esta opinión cuenta con la mayor parte de la doctrina, jurisprudencia y legislación mundial.” En el mismo sentido Novoa Aldunate, Eduardo, op. cit., pág 54.

²⁶¹ Op. cit., 1990, pág. 126.

²⁶² Op. cit., 1998, pág 95.

en forma mediata pueden invocarse otros intereses generales relativos al futuro de la nación y otros equivalentes; pero, si bien se mira, esta clase de intereses están subyacentes en gran parte de los delitos, sin que por ello proceda desnaturalizar el bien específico de tutela que es la vida humana incipiente (...)” lo que es importante, señala, tomando en cuenta “(...) los excesos brutales a que condujo su interpretación por el nacionalsocialismo(...)”²⁶³.

Podemos notar que hay consenso en que lo que se protege es la vida y no el orden de las familias, con lo que estaría fuera de debate o al menos consensuado, a nivel doctrinario, el bien jurídico amparado a través de este delito. Así, “(...) una vez producida la fecundación, el huevo, adquiere un principio vital, deviene en un germen de vida, que pasa de la vitalidad en potencia del óvulo a la vida real del huevo, el que por sucesivas segmentaciones y divisiones que no son sino una reafirmación de las posibilidades vitales del producto fecundado, deviene en una criatura humana(...)”²⁶⁴.

El **Sujeto Pasivo** del delito es el titular del bien jurídico lesionado o atacado por el hecho punible. En este caso entonces, y de acuerdo a la postura dominante, el sujeto pasivo del delito de aborto sería la criatura no nacida, el producto del embarazo, el producto de la concepción, el feto. Este punto es ampliamente desarrollado y discutido por la doctrina penal, por aspectos fundamentales que son los que serán tratados en la sección siguiente.

c) Principales puntos de discusión y desarrollo jurídico en lo relativo al sujeto pasivo del delito de aborto.

i).- Qué calidad jurídica tiene el no nacido.

De acuerdo al artículo 19 N° 1 de la CPR que asegura a todas las personas el derecho a la vida y por su inc. 2° que reza: “La ley protege la vida del que está por nacer” se ha sostenido que la calidad de “persona” se adquiriría desde el momento mismo de la concepción²⁶⁵. Unido a esto está la posición actual de la Iglesia Católica, que hasta el siglo XVIII distinguió entre feto

²⁶³ Op. cit., pág 138. En este sentido, Garrido Montt menciona el CP de Alemania nazi y el de Italia de 1932 que consideraban que el bien jurídico amparado era la pureza de la raza o estirpe, lo que llevo al legislador alemán, en un período, a despenalizar el aborto de seres de origen no alemán, como los judíos, en op. cit., pág. 97.

²⁶⁴ Novoa Aldunate Eduardo, op. cit., pág. 14.

²⁶⁵ En este sentido se defienden la mayoría de las argumentaciones de los parlamentarios patrocinadores de los proyectos analizados mas abajo.

animado e inanimado²⁶⁶, pero que hoy considera que el producto de la concepción recibe el alma al momento de la fecundación. En materia jurídico penal, existe una fuerte argumentación de Etcheberry²⁶⁷ rechazando este razonamiento que será abordada, junto con lo señalado anteriormente, en el punto relativo a los fundamentos de los parlamentarios que patrocinan los proyectos analizados en el punto III.3.2. Por ahora nos referiremos a lo que la ciencia penal considera que es persona y a la evolución que dicho razonamiento ha tenido.

La doctrina penal, a propósito del sujeto pasivo del delito de homicidio, se refiere a este tema. Al estar el delito de homicidio entre los delitos contra las personas, y al requerir la figura la “muerte de otro” se llega a la conclusión de que la víctima de homicidio sólo puede ser una persona. De allí que es importante diferenciar cuando empieza y termina la calidad de persona para efectos de determinar quién es la víctima de homicidio y así diferenciarla de la víctima de aborto, pues se trata de delitos diferentes que tiene penas diferentes. En definitiva, el comienzo de la calidad de persona determina el límite entre los delitos de aborto y homicidio (infanticidio) en lo que a la víctima se refiere.

La ley penal no define lo que se entiende por persona, por lo que se recurre a los principios jurídicos generales. En materia civil, el **Art. 55** del CC señala: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Según Novoa²⁶⁸, de esta definición se desprende que para que la criatura adquiera la calidad legal de persona, se requiere: a) pertenecer a la especie humana (toda criatura viva dada a luz por mujer debe considerarse perteneciente a la especie humana, aunque sea deforme o monstruosa²⁶⁹); b) estar viva (no se requieren otras condiciones de vitalidad); y c) haber nacido. Respecto del nacimiento la ley civil señala en el **Art. 74** del citado código: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre”. Sobre lo que debe entenderse por **separación completa**, al no existir definición legal expresa, la doctrina civil considera que la constituye la separación material entre la madre y el hijo, esto es cuando la criatura ha sido expulsada totalmente y cortado el cordón umbilical, o cuando sin estarlo la

²⁶⁶ Tesis de la animación retardada que suponía que el alma se infunde cuando el embrión humano esta preparado para recibirla, o sea, a los 40 días el masculino y 80-90 días el femenino, con lo que la protección a la vida comenzaba solo cuando existía alma. Tesis sostenida por los pensadores antiguos como Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás. En Cuello Calón, “Cuestiones penales relativas al aborto”, Barcelona, Ed. Librería Bosch, Ronda de la Universidad 5, 1931, pág. 10.

²⁶⁷ Op. cit., 1998 pág. 92-93.

²⁶⁸ Op. cit., pág. 73.

²⁶⁹ Etcheberry, 1998, op. cit., pág. 34.

placenta ha sido expulsada al exterior, siempre que ésta sobreviva a la separación un momento siquiera.

En materia penal tradicionalmente algunos autores estimaron que la regla del CC era válida también para el derecho penal²⁷⁰. Tanto es así, que para ellos sería un acto impune por falta de tipicidad dar muerte a una criatura ya expulsada del vientre materno y viva pero unida a su madre por el cordón umbilical. No sería aborto (pues ya esta expulsada y para esta postura el aborto requiere expulsión) ni homicidio (pues aún no se ha producido el nacimiento). Sin embargo existe otra corriente, liderada por Etcheberry, que considera que no es totalmente válida para el derecho penal la interpretación civil, por los siguientes motivos: a) se debe recurrir a la definición de persona del Art. 55 del CC, a fin de dar cumplimiento al Art. 20 del mismo Código. Cabe destacar que dicha norma se encuentra entre las reglas generales. En opinión de Etcheberry, la definición de persona del Art. 55 tiene dos requisitos: i) pertenencia a la especie humana y ii) tener la calidad de **individuo**: “(...) la condición de individuo se adquiere por la **autonomía de vida**, y esta a su vez por la existencia de las grandes funciones vitales con independencia de la madre (...)”. En suma, la calidad de persona comienza cuando se tiene esta autonomía de vida que determina que la persona sea un individuo, de acuerdo a la definición legal existente; b) por otro lado, el artículo 394 del CP caracteriza el delito de infanticidio, como la muerte inferida al hijo o descendiente dentro de las 48 horas después del “parto”. De acuerdo a Etcheberry se desprende de tal texto que para los efectos penales se comienza a ser persona después del **parto**, del que no existe definición legal pero que en su sentido natural y obvio es “proceso por el cual la criatura producto de la concepción es expulsada del vientre materno; y médicamente es un fenómeno complejo de duración variable, pero en todo caso mas o menos prolongada en el tiempo”; c) Por lo tanto, y en un afán de hacer coincidir los conceptos civil y penal de “comienzo de la existencia legal de las personas” Etcheberry concluye señalando que la expresión **separación completa** del Art. 74 del CC debe interpretarse de acuerdo a la definición de persona del Art. 55 del mismo Código, con lo que debe entenderse como “(...) el concepto biológico de vidas separadas, independencia biológica de ambos (feto y madre) esencialmente referida a la función circulatoria y respiratoria (...)”, por lo tanto carece de trascendencia que el cordón umbilical esté cortado o no. Para Novoa “(...) mientras no exista persona nacida no puede hablarse de personalidad legal stricto sensu (...)”²⁷¹. En cuanto a lo que debe entenderse

²⁷⁰ En este sentido Labatut y Raimundo del Río, citados por Novoa en op. cit., pág. 76-79.

²⁷¹ Novoa Aldunate Eduardo, op. cit., pág. 20,

por **parto**, Etcheberry sostiene que de acuerdo al 394 del CP, este artículo debe complementarse con el concepto de persona, por lo tanto para efectos jurídico-penales es una expresión indicativa del comienzo de la vida autónoma de la criatura²⁷².

En definitiva, y de acuerdo a lo expuesto, hoy la doctrina jurídico penal mayoritaria sostiene que el producto de la concepción no es persona. La vida de las personas es protegida en el ámbito penal, por el delito de homicidio (infanticidio) y la vida del no nacido es protegida por el delito de aborto.

Que el feto no sea persona no implica que no pueda ser titular de bienes jurídicos, al contrario “(...) la legislación reconoce derechos a favor del que está por nacer y su condición de titular de los mismos podrá reputarse ‘no haber existido jamás’ para los efectos civiles, pero no afecta su realidad para el derecho penal (...)”²⁷³. Etcheberry agrega que la vida y salud del producto de la concepción están protegidas por la ley civil, en los términos del Art. 75 del CC, por el CP a través del delito de aborto y por la CPR en su Art. 19 N° 1 inc. 2°.

ii).- Desde qué momento se protege la vida del no nacido.

Este punto ha sido objeto de controversia social, jurídica y médica en Chile en los últimos tiempos, debido a que en mayo del 2004 el Ministerio de Salud aprobó la distribución de la denominada “píldora del día después” en casos especiales. El tema central del debate ha sido su condición o no de abortiva, pues dicho fármaco impide la anidación del huevo fecundado. Lo esencial en este punto es determinar cuál es el momento a partir del cual el producto de la concepción pasaría a ser objeto de protección legal. A juicio de algunos autores “(...) La respuesta del jurista a esta clase de problemas debe ir necesariamente a la zaga y no preceder al esclarecimiento científico sobre el proceso biológico de la fecundación (...)”²⁷⁴. Pese a ello, las alternativas que en doctrina se han planteado para determinar cuándo se inicia la vida del no nacido son dos: 1) la fecundación: instante en que el óvulo es inseminado por el espermio²⁷⁵; y

²⁷² Etcheberry, 1998, op. cit., pág. 35-38. Esta opinión es ya fuertemente defendida por Novoa en op. cit., págs 79 y ss. Hoy otros autores la validan, así: Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág 48; Garrido Montt op. cit., pág 26.

²⁷³ Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 139.

²⁷⁴ Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 143.

²⁷⁵ Para Novoa, la protección legal de la vida humana entendida en su acepción natural, se otorga en el instante mismo en que se produce la fecundación del óvulo femenino por el germen masculino. A su decir “la ley resguarda y tutela el natural desarrollo progresivo de ese recién concebido, durante todo el transcurso de la preñez, siendo jurídicamente inadmisibles el determinar determinadas condiciones de

2) la anidación: instante en que el óvulo inseminado se ubica en el útero²⁷⁶. Este asunto tiene importancia en lo relativo a la fertilización asistida, la preservación de embriones o experimentación con ellos y el ya citado caso de anticonceptivos que impiden la anidación.

A pesar del interés que concitan estos temas, no son el objeto directo de este trabajo, pues los proyectos se refieren a un momento posterior en el nivel de protección. Etcheberry señala que la cuestión del momento del inicio de la vida del feto no presenta problemas prácticos tratándose del aborto, ya que el embarazo es por lo común indetectado en etapa tan temprana, y su interrupción voluntaria (aborto) se provoca cuando ya se tiene certeza o presunción fundada del mismo²⁷⁷.

El aborto suele ocurrir bastante tiempo después de lo que cualquiera de las teorías plantea como inicio de la vida, sea esta la fecundación o la anidación, que ocurre a la semana de haber ocurrido la fecundación. Esto es, cuando el embrión comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación²⁷⁸.

En Chile, la distinción para efectos de establecer una definición jurídica de aborto, entre embrión²⁷⁹ o feto²⁸⁰ es indiferente ya que es igualmente reprochable y punible la destrucción del embrión recién formado, que la ejercida sobre un feto próximo a la madurez, desde el punto de vista del bien jurídico protegido en este delito. Sin embargo en derecho comparado existen legislaciones²⁸¹ que establecen una protección diferenciada del producto de la concepción según su grado de desarrollo. La razón que respalda el sistema de plazos²⁸², a juicio de Garrido Montt,

viabilidad o formación orgánica avanzada del producto, como requisito esencial para el otorgamiento de tal tutela o protección. Novoa Aldunate Eduardo, op.cit., pág 15.

²⁷⁶ Garrido Montt, op. cit., pág. 143.

²⁷⁷ Etcheberry Alfredo, 1998, op. cit., págs. 93 y 94.

²⁷⁸ Lacadena, Juan Ramón, "El inicio de la vida", Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa, [en línea], 2002, España,. Disponible en Web: www.cnice.mecd.es.

²⁷⁹ Embrión: es aquel óvulo fecundado, una vez que ha anidado en las paredes del útero.

²⁸⁰ Feto: nombre que recibe el embrión desde aproximadamente el tercer mes de embarazo, una vez que empieza a tomar forma humana y hasta su expulsión del vientre materno.

²⁸¹ Francia establece un sistema de plazos casi puro en la Ley N° 75-17 del 17 de enero de 1975 relativa a la interrupción voluntaria de embarazo (Ley Viel) establecía un plazo de 10 semanas; en la ley N° 2001-588 del 4 de julio de 2001 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo y a la contracepción, aumenta ese plazo a 12 semanas. En Alemania la Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia permite los abortos llevados a cabo por un médico a petición de la embarazada tras haber pasado por un asesoramiento (...) si desde la concepción no han pasado más de 12 semanas. En Zoder, Isabel, "Reforma y regulación legal de aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, (49):219-280, 1996.

²⁸² Como forma de solucionar el conflicto entre los bienes jurídicos vida del feto y vida o salud de la madre. Ver infra v).

es que “(...) el embrión adquiere forma humana al tercer mes, oportunidad en que se transforma en feto y, por ello, se hace digno de protección que con anterioridad no merecería (...)”²⁸³.

Se pretendieron hacer distinciones en la Comisión Redactora del CP en cuanto a cuando se adquiriría la calidad de feto, lo que marcaría el inicio de la protección penal pero se decidió “(...) que en concepto de los miembros de la comisión, es igual la culpabilidad en uno u otro caso; desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hay en él un germen de hombre y el que lo destruye se hace reo de gravísimo delito (...)”²⁸⁴. Para la medicina la separación entre embrión y feto humano es en la décima semana desde la última menstruación, en el día 56 desde la concepción o en la 8ª semana de desarrollo²⁸⁵.

Observamos que en Chile a nivel de doctrina penal están fuera del debate jurídico puntos bastante recurrentes a nivel mediático y en la discusión constitucional, como cuándo es el inicio de la vida y cuál es el objeto de protección jurídica en este delito.

iii).- Cualidades que debe poseer el feto para ser objeto de protección.

Hoy la opinión dominante estima que no se requiere ninguna propiedad o cualidad especial en el producto de la concepción para ser objeto de protección²⁸⁶. Tampoco se consideran necesarias condiciones de viabilidad para ser protegido. Sin embargo, en general, son excluidos de la protección penal: la **mola** (formación carnosa anormal, dónde no hay vida embrionaria o fetal en desarrollo) y el **feto muerto**. Algunos también consideran que el producto del **embarazo extrauterino o ectópico** tampoco debe ser objeto de tutela penal, pues no tiene posibilidad alguna de desarrollo²⁸⁷.

²⁸³ Garrido Montt, op. cit. pág. 102.

²⁸⁴ Sesión 159, Actas de la Comisión Redactora del CP, en op. cit., pág. 287.

²⁸⁵ Dr. Carlos Valenzuela, “Aborto terapéutico y ética científica”, op. cit.

²⁸⁶ Tradicionalmente se hacía la distinción entre *monstruo* (ser tan deforme que no tenía nada de humano) y *ostentum* (ser defectuoso pero con cara de ser humano), excluyéndose la protección de la vida de los considerados *monstruos*, en Bustos, Grisolfá, Politoff, 1993, op.cit., pág. 50.

²⁸⁷ Etcheberry considera que en este caso, cuando el embrión está vivo y se extirpa, habría un especial causal de justificación. En Etcheberry, Alfredo, 1998, op. cit., Tomo III, pág. 96. En todo caso este tema ya fue tratado respecto del aborto terapéutico, ver infra III.2.5.

iv).- Intensidad que debe alcanzar dicha protección.

Este punto dice relación con asumir la siguiente interrogante: si existe “vida” en el no nacido, ¿Por qué esa vida no es protegida con la misma intensidad que la vida de un nacido? Como ya vimos, la doctrina jurídico penal dominante considera que el bien jurídico protegido por el delito de aborto, es la vida del no nacido. Con ello parece asumir que “(...) la vida humana en sentido biológico es una realidad inescindible, sea dependiente o autónoma, y que el sistema concede protección penal tanto a una como a otra mediante las figuras básicas de aborto y homicidio (infanticidio) (...)”²⁸⁸. Frente a esto podría afirmarse que no existen razones que justifiquen un tratamiento diverso, pues se trata en ambos casos de “vida” y la vida dependiente no es menos valiosa que la autónoma. De acuerdo a lo analizado al determinar si el feto es o no persona, vimos que la doctrina jurídico penal dominante considera que no lo es, y es desde aquí que parecen tener justificación los tratamientos diversos en cuanto a la protección. La CPR otorga derechos a las personas y sólo un reconocimiento a la vida del que esta por nacer, lo que explicita la distinción. Algunos autores dan otras razones: Politoff, Bustos y Grisolia sostienen que “(...) la justificación del distingo parece obedecer a una consideración empírico-cultural que cree conveniente poner mayor énfasis en la protección de la vida real del miembro de la sociedad humana, colocado como tal ‘en el mundo’, que a una vida sólo potencial(...)”²⁸⁹. Garrido Montt, señala que, desde una perspectiva ontológica, no cabría hacer distinción entre ambas “vidas”, pero señala que históricamente siempre la vida plena ha sido objeto de una mejor protección que la que se encuentra en formación. Por último y pese al pensamiento actual de la Iglesia Católica (que desarrolla) señala que en la ley positiva la vida dependiente siempre ha sido protegida con menor intensidad que la plena, lo que se refleja claramente en los delitos de aborto y homicidio²⁹⁰.

Cousiño, por su parte, señala respecto del aborto terapéutico, que en relación con la ponderación de bienes, “(...) al colocar en la balanza la realidad de una vida humana y lo aleatorio del fruto de la concepción (...) creemos que siempre prevalecen la vida y la salud física o psíquica de la madre cuando se encuentran gravemente amenazadas (...)”²⁹¹.

²⁸⁸ Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 48-49.

²⁸⁹ Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 48-49.

²⁹⁰ Garrido Montt, op. cit., pág. 100.

²⁹¹ Cousiño Mac- Iver, Luis. “Derecho penal...”, op. cit., pág. 428.

En relación a este punto es ilustrativo el caso de Alemania donde la Constitución obliga al estado a proteger la vida humana nacida y no nacida²⁹². “(...) La interrupción voluntaria del embarazo debe ser considerada, en principio, como injusta durante todo el período del embarazo, y, por tanto, debe ser prohibida legalmente. El derecho a la vida del no nacido, no puede ser dejado, ni tan siquiera temporalmente a la libre y legal decisión de un tercero, aunque se trate de la madre²⁹³ (...) Para determinar el alcance del deber de protección de la vida del no nacido, se debe atender, por una parte al significado y a la necesidad de protección del bien jurídico que se protege y por otra a los bienes jurídicos que entran en conflicto (...)”²⁹⁴. Es desde esta última consideración que surge para el legislador, la posibilidad de no penalizar la interrupción de la vida del no nacido cuando es posible hacer una ponderación entre esa vida y los derechos de la madre a la vida, la integridad física a la protección y respeto de su dignidad humana y a la personalidad y es por ello que establece un especial sistema de indicaciones con plazo para determinados casos.

v).- Cuál de los bienes jurídicos –vida y salud de la madre o del nasciturus- debe tener preeminencia si entran en conflicto.

Este tema es tratado por los autores principalmente al referirse al problema del aborto terapéutico. Sin embargo dando un marco general, el profesor Garrido Montt²⁹⁵ hace la siguiente distinción: existirían dos tipos de tendencias: a) absolutas o radicales en uno u otro sentido, que rechazan la existencia de un conflicto de intereses. Dentro de ellas en un sentido, estarían las que consideran que nunca se puede sacrificar la vida del no nacido cualquiera sea su estado de desarrollo y aún ante riesgo de la vida de la madre. Desde otro sentido, estarían las que confieren la mas amplia libertad a la mujer embarazada para disponer del no nacido, el derecho a tener hijos conllevaría el derecho de no tenerlos; b) relativas, aceptan que puede existir un conflicto de intereses y proponen una solución valorando ambos bienes y reconociendo preeminencia a aquél que se considere preponderante. En esta posición hay dos alternativas: la de los plazos que permite que la mujer embarazada dentro de un plazo determinado pueda disponer libremente si

²⁹² Artículo 1.1 y 2.2 de la Constitución Alemana.

²⁹³ Lo que constituiría el principio de protección mínima para la vida del nasciturus que debe ser respetado por el legislador. Zoder, Isabel, op. cit., pág 236.

²⁹⁴ Domingo, Rafael. “El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, Revista Chilena de Derecho, 21(2):273-281, 1994.

²⁹⁵ Garrido Montt, op. cit., págs. 101-103.

persevera o no en el mismo; y la de las indicaciones la que no deja a la libre voluntad de la mujer poner término a su estado de embarazo, sino que exige que concurren circunstancias especiales indicadas en la ley para que pueda ponerse término. Las indicaciones podrían ser de índole ética (violación), terapéutica (riesgo vida o salud de la madre), eugenésica (feto con taras físicas o síquicas) y económico-social.

El problema del aborto puede ser mirado como un conflicto de derechos de rango constitucional. Ante el problema jurídico que se enfrenta cuando dos derechos de rango constitucional colisionan, tenemos dos posibles vías de solución. Una es por medio de la ponderación de estos, utilizando criterios como el deber de optimización del Estado y proporcionalidad, ejemplificados a través del trabajo del profesor Bascuñán analizado respecto del aborto terapéutico; y otra posición que considera que existe un orden jerárquico, una preponderancia de derechos por sobre otros.

Para entrar en el tema de la ponderación, debemos empezar enunciando qué se entiende por conflicto de derechos que sería “(...) el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios (...)”. La solución frente a esta situaciones estaría en efectuar una ponderación de los intereses opuestos, “(...) cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto (...)”²⁹⁶. El desarrollo de este planteamiento en relación al aborto en nuestro derecho, fue explicado a propósito del aborto terapéutico²⁹⁷.

En contra de la postura que contempla una ponderación de los bienes en conflicto, encontramos como método de resolución de conflictos entre derechos de rango constitucional, la postura de José Luis Cea, quien plantea la imposibilidad de enfrentar derechos entre sí. Esto, porque entre los derechos establecidos por la CPR existiría una jerarquía, no se trataría de “derechos ontológica ni deontológicamente iguales e indispensables”. En la práctica y a nivel de principios existiría una “disparidad de jerarquía” entre los derechos esenciales. Ante el conflicto en el ejercicio de los derechos esenciales y siempre que este no sea “sólo aparente y resoluble”, debería admitirse “la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. Aplicándose esto al ámbito nacional, “(...) en la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo

²⁹⁶ Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, págs. 87-91.

²⁹⁷ Ver III.2.5 letra a).

un orden determinado, es decir, la secuencia jerárquica ya enunciada (...)”²⁹⁸. El profesor Cea funda la jerarquía de los derechos del Art. 19 de la CPR, en antecedentes históricos, ya que se remite a las actas de los constituyentes para afirmar su postura²⁹⁹. Así, para este profesor la solución en caso de controversia entre derechos de rango constitucional estará siempre dada por el número que el derecho tenga en el Art. 19 de la CPR, con lo que en el caso del aborto, siempre primaría el derecho a la vida del feto, si se considera que está incluido dentro de esa protección.

Una opinión de doctrina comparada en este sentido, considera como imponderable el derecho a la vida del que está por nacer y critica el que en Alemania y España los Tribunales Constitucionales, hayan admitido contrapesos a este derecho. Para esta postura “(...) se reconoce en la vida un valor superior del ordenamiento jurídico, sobre el que se fundamentan los demás derechos y libertades (...) resulta difícil aceptar que los derechos y libertades de la madre comprenden el derecho de matar al no nacido (...)”. Para este autor la solución en el caso específico del aborto terapéutico, aplicando este criterio, no tendría por que pasar por una despenalización del aborto ya que “(...) el derecho penal ofrecería los mecanismos idóneos para conseguir que no se castigare el aborto en situaciones como esas, a través de la institución de las eximentes de responsabilidad penal”. Termina señalando que no es lo mismo despenalizar una conducta que dejar de aplicar la pena en un caso concreto. La despenalización podría llevar a neutralizar patrones moralmente vigentes, transformar situaciones excepcionales en casos normales, lo que acabaría “normalizando socialmente tal conducta (...)”³⁰⁰.

d) Estructura típica objetiva del delito de aborto.

Objeto Material: (en este delito coincide con el sujeto pasivo) el producto de la concepción a través de todas sus fases de desarrollo. Valgan aquí las disquisiciones anteriores respecto al momento inicial y el momento hasta el cual persiste la protección penal, junto a lo señalado respecto de las cualidades que debe poseer el no nacido.

²⁹⁸ “Así (...) comiéntase por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el orden público económico (...)”. En Cea Egaña, José Luis, “El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica”, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, pág. 171-175.

²⁹⁹ Menciona la Sesión 96ª de la Comisión Constituyente, Cea Egaña, José Luis, op. cit., pág. 30-31.

³⁰⁰ Martínez Estay, José Ignacio, “Constitución, derecho a la vida y aborto”, En: XXVª Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso, 17 al 19 de noviembre de 1994, Valparaíso, Tomo I, pág. 99-110.

Conducta (acción u omisión): en sentido jurídico-penal consiste en dar muerte al feto. Se ha discutido si procede este delito por omisión, y los casos en que se producen concurso de delitos, los que no cabe desarrollar aquí³⁰¹.

Medios de comisión: en la ley penal no se hace ninguna alusión a los medios. En doctrina no existe discusión en cuanto a que pueden utilizarse todo tipo de medios materiales y morales, ya sean específicos para producir el aborto (drogas abortivas, duchas vaginales, etc.) como otros medios más genéricos (golpes, lesiones, etc.) con tal que tengan por objeto dar muerte al feto como tal³⁰².

Sujeto Activo: Puede ser cualquiera, pero es muy importante pues el CP lo utiliza para diferenciar los diferentes tipos de aborto y su régimen de penalidad. Aún cuando la acción de aborto siempre es la misma, la ley ha diferenciado el sistema habitual de participación criminal para analizar separadamente la actuación de los copartícipes, lo que da origen a figuras diferentes.

e) Figuras de Aborto

Para una mejor comprensión seguiremos en esta parte al profesor Etcheberry que organiza los artículos de la siguiente manera:

i).- Aborto causado por terceros extraños (excluyendo a la propia mujer embarazada y al facultativo que abusa de su oficio)

A esta figura de aborto se refieren los Arts. 342 y 343³⁰³. Es necesario detenerse un momento en el alcance que para la doctrina jurídico penal chilena tiene la voz “maliciosamente” que aparece en el Art. 342. Existen dos posturas al respecto:

³⁰¹ Ver Bustos, Grisolí, Politoff, 1993. op.cit., pág. 143-145.

³⁰² Etcheberry, tomo III, 1998, op cit., pág. 96; Bustos, Grisolí, Politoff, 1993, op.cit., pág. 147.

³⁰³ Art. 342 “ El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

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

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

3.º 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, 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”.

1.- Etcheberry³⁰⁴, lo vincula con la antijuricidad, con la ilicitud de la conducta. El sentido que los comisionados acordaron a la expresión, fue el de excluir los abortos lícitos, y no de requerir algo especial en el plano de la intencionalidad. La Comisión Redactora³⁰⁵ acordó reemplazar el término “de propósito” del Código Español por el de “maliciosamente”, pues muchas personas que proceden de buena fe, lo hacen también “de propósito” como el médico que practica un aborto para salvar a una mujer en peligro, del que no se puede decir que obra maliciosamente. Por lo tanto para Etcheberry a) la voz maliciosamente carece de significado en el plano subjetivo; b) la figura mas grave del Art. 342 (el aborto violento) precisa de dolo directo, por comparación con la figura del aborto violento sin dolo directo que sería la del Art. 343; c) y las restantes figuras del Art. 342 (sin violencia y sin consentimiento) pueden cometerse también con dolo eventual.

2.- Otros autores analizados en este trabajo³⁰⁶ consideran que la voz maliciosamente se refiere a la necesidad de limitar el tipo subjetivo de la figura al dolo directo, es decir, excluir las hipótesis de dolo eventual y de culpa. Por lo tanto, las tres figuras del Art. 342 requieren de dolo directo para ser punibles, con lo que quedarían impunes los casos en que no existiera dicho dolo.

Dentro del aborto causado por terceros extraños, encontramos tres tipos:

- **Aborto causado con violencia.** A esta figura se refieren los Arts. 342 N° 1 y 343. Lo esencial de esta figura está en la violencia, en forzar a la mujer física y moralmente a la realización del aborto. El tercero obra contra la voluntad de la mujer. El **Art. 342 N° 1** señala: “El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1. ° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo (de 5 años y 1 día a 10 años), si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada”. En cuanto al elemento subjetivo, esta figura requiere dolo directo, como desarrollamos en el punto anterior. El **Art. 343** a su vez señala: “Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio (de 61 días a 3 años), el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”. En esta figura la expresión “aún cuando no haya tenido el propósito de causarlo debe entenderse como “siempre que no haya tenido el propósito de causarlo”, pues si ha tenido tal propósito cabe en el Art. 342 N° 1.

³⁰⁴ Op. cit., pág. 97; también lo considera un requisito de antijuricidad Labatut 1990, op. cit., pág. 127.

³⁰⁵ Sesión 160, op. cit., pág. 536.

³⁰⁶ Garrido Montt, op. cit., pág. 108; Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 148; Schepeler, op. cit., pág. 44.

En cuanto al elemento subjetivo, la doctrina no es conteste, algunos entienden que esta figura sirve para penar los casos de abortos violentos causados por terceros con dolo eventual, culpa conciente y culpa inconciente. Otros consideran que se trata de un caso especial de aborto culposo, relacionado con el hecho de que el aborto, al no estar entre los delitos contra las personas, no admite culpa, pues no lo cubre el Art. 490. Tradicionalmente se consideraba que este tipo contenía un delito preterintencional, pero este punto también ha sido discutido³⁰⁷.

- **Aborto sin consentimiento.** Regulado en el Art. 342 N° 2. No existe violencia pero falta el consentimiento de la mujer, se prescinde de su voluntad, sea porque está inconciente o porque es ignorante respecto del procedimiento o de alguna sustancia que le hagan ingerir, por ejemplo. En cuanto al elemento subjetivo, ya vimos las diferencias entre autores, en cuanto a considerar que la voz maliciosamente requiere dolo directo, o bien, como piensa Etcheberry podría darse igualmente con dolo eventual (no así con culpa)³⁰⁸. El **Art. 342 N° 2** establece: “El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 2. ° Con la de presidio menor en su grado máximo (de 3 años y 1 día a 5 años), si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer”.
- **Aborto con consentimiento.** Regulado en el Art. 342 N° 3. El consentimiento debe ser prestado por la mujer libre y válidamente, con conocimiento de la naturaleza y consecuencias de sus actos. En cuanto al elemento subjetivo valga lo señalado en el punto anterior. El **Art. 342 N° 3** señala: “El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 3. ° Con la de presidio menor en su grado medio (de 541 días a 3 años), si la mujer consintiere.” Cabe destacar, que en esta figura ya aparece la intervención de la mujer, pero su participación se rige por el Art. 344. Lo importante es señalar que en este caso la mujer tiene una pena mayor a la del tercero que efectúa el aborto con su consentimiento, como veremos a continuación.

³⁰⁷ Etcheberry, 1998, op. cit., tomo III, págs. 98-100. Respecto de las dudas en cuanto a su naturaleza preterintencional, ya fueron planteadas por Labatut, op. cit., pág 129. Desarrollan la discusión Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., págs. 156-160.

³⁰⁸ Idem nota anterior.

ii) Aborto causado por la mujer embarazada.

Regulado en el Art. 344. De acuerdo a Etcheberry esta es una figura calificada en razón del sujeto activo, ya que, si no existiera, la mujer debería ser sancionada como coautora del aborto causado por tercero con su consentimiento, con lo que la pena sería la del Art. 342 N° 3. Sin embargo, aquí la penalidad es un grado superior, por lo que la ley considera en este caso la conducta de la mujer más reprobable que la del tercero. Politoff, Bustos y Grisolia³⁰⁹ consideran que esto puede deberse a que se atribuye a la mujer, además de la lesión al bien jurídico vida, una infracción al deber personal frente a la protección del hijo futuro. Luego proponen de *lege ferenda* analizar la norma, pues consideran que se debe morigerar la pena a la mujer por razones que serán analizadas adelante.

El **Art. 344** señala: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo (de 3 años y un día a 5 años). Si lo hiciera por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio (de 541 días a 3 años).” Esta figura comprende dos hipótesis: a) mujer causa su aborto; b) mujer consiente que otro se lo cause. En este último caso es que se produce la intervención de otra persona, un tercero, que como ya vimos, será sancionado de acuerdo al Art. 342 N° 3. Se requiere además el consentimiento de la mujer de acuerdo a lo explicado en el punto anterior. En el inciso segundo, establece la figura del aborto honoris causa, que contempla una atenuante especial para el caso de la mujer que aborte para ocultar su deshonor. Esta atenuante es personal, por lo tanto no puede beneficiar a terceros aunque lo hayan hecho por el mismo motivo. El ocultar la deshonor debe ser el motivo principal para delinquir, aunque existan otros motivos menores. La expresión “honra” hace alusión a las costumbres de una mujer en materia sexual, por lo tanto la deshonor consiste en que se haga público que la mujer ha tenido relaciones sexuales consideradas socialmente reprochables³¹⁰.

iii) Aborto causado por facultativo abusando de su oficio.

Establecido en el Art. 345, que regula una figura calificada de aborto, pues el facultativo es un tercero al cual deberían aplicarse las normas del 342, pero que esta en un artículo especial. El **Art. 345** señala: “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”.

³⁰⁹ Op. cit., 1993, pág. 160.

³¹⁰ Etcheberry, 1998, op. cit., tomo III, pág. 103.

“Facultativo” de acuerdo a Labatut³¹¹, son los médicos y los demás profesionales que ejercen el arte de curar. La doctrina dominante sigue esta posición fundándola en que tiene antecedentes en la legislación española que sirvió de base a nuestro CP y en la opinión de los comisionados. Por lo tanto se entiende que por facultativo debe entenderse a los profesionales que han hecho estudios universitarios y ejercen el arte de curar, de tal modo que su oficio los ponga en situación de causar un aborto o cooperar a él³¹². Por otro lado, hay consenso en que esta figura, además de agravar la pena para el facultativo con respecto a otro tercero, eleva a conducta de autoría el hecho de colaborar a la realización del aborto, situación que de acuerdo a las reglas generales podría responder perfectamente sólo a un caso de complicidad. Por último, la doctrina analiza la expresión: “abusando de su oficio”. Para algunos se entiende que un facultativo abusa de su oficio cuando, actuando en cuanto tal, su conducta no se encuentra justificada (el facultativo sobrepasa los límites que le fija la *lex artis medica*³¹³). La expresión es mirada como una alusión a la antijuricidad del acto, por lo tanto si su actuación no es abusiva (actúa de acuerdo a la *lex artis*), estaríamos ante un caso de aborto lícito³¹⁴. Se ha criticado esta posición³¹⁵ señalando que no era necesaria una mención especial del legislador para señalar que si hay justificación la conducta es lícita, ya que para ello basta el Art. 10 N° 10 del CP³¹⁶. Por lo que la expresión abuso, tendría un alcance mas restringido, ya que existirá cuando el facultativo no actúa con fines terapéuticos, esto es, “(...) el facultativo puede prescindir conscientemente de las exigencias materiales y formales que deslindan el aborto terapéutico del aborto delictivo, pero guiado por una finalidad terapéutica, dirigido a lo que él juzga beneficioso para la salud física o psíquica de su paciente (...)”³¹⁷. Finalmente es importante destacar que esta figura puede ser referida a los tres casos del Art. 342.

³¹¹ Op. cit., 1990, pág. 130.

³¹² Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 164.

³¹³ Por *lex artis médica* debe entenderse el conjunto de principios por los que se rige el ejercicio de la profesión médica, a los cuales debe sujetarse quien desarrolla tal actividad. En Garrido Montt, op. cit., pág. 117.

³¹⁴ En este sentido Etcheberry, 1998, op. cit., tomo III, pág. 104.

³¹⁵ Bustos, Grisolia, Politoff, 1993, op. cit., pág. 165.

³¹⁶ El Art. 10. del CP señala: “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.”

³¹⁷ Ver análisis de la figura del aborto terapéutico en el capítulo anterior de este trabajo, III.2.

III.3.2.- Análisis de las Modificaciones Propuestas.

Proyecto Año - Patrocinador		Espina -1994	Paya -1994	Larraín - 1994	Comisión -1996	Cubillos -2002
Aumenta las penas privativas de libertad.	A terceros.	X	X	X	X	X
	A la mujer.			X	X ()	X
Establece la figura del arrepentimiento eficaz.		X	X	X	X	X
Establece penas pecuniarias	Multa		X	X	X	X
	Comiso		X	X		
Traslada el aborto al párrafo del C° Penal que contiene los delitos contra las personas.			X	X	X	X
Elimina la figura del aborto "honoris causa".			X			X
Otorga mayores facultades a las fuerzas de orden y seguridad pública.		X				
Corrige errores de texto en las normas actuales para facilitar la sanción.			X			
Establece a juicio del juez conmutación de la pena en beneficio de la mujer.						X

() Las Comisiones moderaron las penas propuestas por Larraín, sin embargo dieron mayor amplitud al juez para determinar la pena.

Como se puede observar en el cuadro anterior, los cuatro proyectos presentados hasta ahora por la coalición RN-UDI, presentan características comunes en cuanto a las principales proposiciones planteadas. Por ello a continuación, efectuaremos un análisis partiendo desde un punto común a los cuatro proyectos, para seguir luego con la consideración de las medidas propuestas por más de un proyecto, comparar los fundamentos dados por uno u otro y proceder a un análisis en conjunto. Previo a ello, es interesante constatar que existe coincidencia entre estas medidas y las propuestas por Merino en 1989, en el proyecto de ley por el cual se derogó la

figura del aborto terapéutico. Como ya se explicó, este proyecto tenía por objeto esencial dar protección a la vida del que está por nacer consagrada en la CPR, equiparándola a la vida del ya nacido. Para ello, proponía modificar el CS y CP, con lo que además de la derogación del aborto terapéutico se proponía: cambiar de ubicación el delito a los delitos contra las personas; definir la acción típica; aumentar las penas para hacerlo equivalentes a las de homicidio e infanticidio; derogar el aborto honoris causa e introducir hipótesis de aborto culposo. Finalmente y para asegurar la aprobación del proyecto, Merino retiró la proposición de modificar el CP y sólo mantuvo la idea de modificar el Art. 119. Luego del análisis objetivo de las proposiciones y sus fundamentos y del estudio de las actas de discusión parlamentaria, es posible concluir que la única diferencia fundamental entre el proyecto de Merino y los actuales, son la figura del arrepentimiento eficaz y la conmutación de la pena. Por otro lado, entre los argumentos esgrimidos por los proponentes, se constata, en general, una diferencia en la línea argumentativa, ya que si bien sostienen que el bien jurídico protegido es la vida lo que buscan es dar eficacia a la normas penales que lo regulan y no pretenden equiparar las penas a las de homicidio. Por último, en los proyectos analizados en esta parte, es tomada en cuenta la mujer, los efectos que en ella puede provocar el aborto, e incluso en el proyecto de Marcela Cubillos presentado el año 2002 se advierte su consideración también como víctima.

1.- Punto común a los cuatro proyectos: El bien jurídico protegido por el delito de aborto es la vida del feto. El feto es persona desde la concepción.

a) Fundamentos.

Todos los proyectos contienen la aseveración de que el bien jurídico protegido es la “vida” del feto. Es en definitiva éste el fundamento básico de todas las modificaciones que proponen a las normas vigentes, esto es, asegurar que se respete efectivamente este derecho. Este tema, en tres de los proyectos³¹⁸ está expresamente ligado a la consideración de que el feto es “persona” desde el momento de la concepción. En general en los proyectos esta es una

318

El proyecto de Darío Paya presentado en 1994, el de Hernán Larraín presentado en 1994 y el de Marcela Cubillos presentado el 2002.

afirmación que se da por cierta. Incluso se hace un énfasis en relación a que el feto es un ser indefenso e inocente, cuyos “gritos se ahogan en el silencio”³¹⁹.

El proyecto de Marcela Cubillos presentado el año 2002, se explaya más en este punto señalando que no existe duda científica ni jurídica en cuanto a que la vida humana se inicia con la concepción. Menciona entre otros el Art. 19 N° 1 de la CPR, el artículo 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica, el Art. 55 del CC, fallos de tribunales y dictámenes de la Contraloría, así como una sesión de sala del Senado donde fue tratada la reforma constitucional que tenía por objeto sustituir en el artículo primero de la CPR, la expresión “los hombres” por “las personas”.

Los argumentos esgrimidos por los patrocinantes de estos proyectos, están íntimamente relacionados con una tendencia de la sociedad chilena que considera el aborto simplemente como un asesinato³²⁰. Además existen organizaciones civiles que llevan a cabo un trabajo permanente (campañas publicitarias, publicaciones, actos de difusión pública, etc.) de oposición al aborto y a cualquier iniciativa que atente contra el derecho a la vida que consideran absoluto³²¹. En este sector es influyente la doctrina que al respecto sostiene la Iglesia Católica y que analizaremos más abajo. Es ilustrativo en nuestro país, lo sostenido por Jaime Guzmán en la sesión 87ª de la Comisión Constituyente, del 14 de Noviembre de 1974, al discutirse la garantía constitucional del derecho a la vida y específicamente al tratar de si consagrar o no constitucionalmente una protección a la vida del que está por nacer³²². Guzmán expone que “(...) el aborto nunca es legítimo. Jamás. Considera que desde el momento en que el hijo, el niño, es concebido pasa a tener alma y pasa a ser un ser humano. La vida no empieza con el nacimiento, empieza con la concepción. Luego, en el aborto se trata lisa y llanamente de un homicidio (...) por trágica que sea la situación en que se vea envuelta la madre le parece indiscutible dentro de los principios morales que sustenta, que ella está obligada siempre a tener el hijo, en toda

³¹⁹ En los considerandos del proyecto de Darío Paya, ver Anexo V.1 letra C). Señalado también por el senador Larraín en la discusión general del proyecto, ver II.D).

³²⁰ “Si en Chile se aprobara legislar a favor del aborto terapéutico (...) se abriría la puerta para que se permitieran todos los abortos, transformando nuestra sociedad en una sociedad que privilegia la muerte por sobre la vida, sin apellidos.”, Vivanco, Angela, “La verdad sobre el aborto terapéutico”, Revista Libertad y Desarrollo, (93):18-21, diciembre de 1999.

³²¹ En Chile, por ejemplo, la Fundación Chile Unido y el Movimiento Anónimo por la Vida, que no sólo condenan el aborto sino, todo atentado contra la vida humana, como manipulación genética, eutanasia, etc.

³²² Al cuestionarse por el señor Ovalle el origen religioso de dicha concepción, y la necesidad de no plasmar en la constitución cuestiones religiosas personales, Guzmán responde señalando enfáticamente que no tiene nada que ver su convicción religiosa con los principios morales en esta materia, puesto que no es ella el supuesto de su afirmación moral. “Actas Oficiales de La Comisión Constituyente, República de Chile, v.3 Sesiones 83-115, octubre 74 a abril 75. Garantías constitucionales. Capítulo tercero”, Ejemplar N° 21, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1976-1983, Santiago, Chile.

circunstancia (...) La madre debe tener al hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque de tenerlo, derive su muerte. (...) todas las consecuencias negativas o dolorosas que se siguen de asumir las responsabilidades descritas las entiende simplemente como el deber de sujetarse siempre a la ley moral, cualquiera que sea el dolor que ello acarree, pues constituye, precisamente, lo que Dios ha impuesto al ser humano (...).”

Lo señalado por Guzmán ilustra, al menos en general, el pensamiento de parte de la sociedad civil chilena y de varios de los parlamentarios patrocinantes del proyecto (recordemos que Guzmán es uno de los fundadores de la UDI). Marcela Cubillos, en entrevista personal, tiene una argumentación similar, aún más, ante la pregunta acerca de qué solución plantea ella para el problema del aborto, responde “(...) te diría de dos maneras: por un lado, de aumentar el derecho y el respeto a la vida humana y por otro, como sociedad lograr que ninguna mujer se vea presionada a abortar (...)”. Entiende que debe evitarse que una mujer llegue a estar ante esa situación, pero estima que lo fundamental a lo que debemos aspirar como sociedad es a respetar la vida humana desde la concepción. En lo referido al aborto terapéutico señala que piensa que hay una falacia, porque hoy día los casos en que sea necesario matar positivamente al feto para salvar a la madre ya prácticamente no existen, agrega “(...) es distinto el caso en el que para salvar la vida de la madre se haga todo lo necesario y que como consecuencia, no deseada ni buscada, se produzca la muerte de esa guagua. Eso es legítimo, eso no necesita legislación, es la causalidad de doble efecto o efecto no deseado, es decir, que tú, a una madre embarazada la trates de un cáncer y que como consecuencia no deseada (porque tenías que tratarla si no se podía morir) se murió la guagua que estaba esperando. No es un aborto terapéutico (...)”³²³.

*** Postura de la Iglesia Católica.**

Es necesario analizar la postura de la Iglesia Católica, por las siguientes razones: es una institución que claramente se ha opuesto y se opone al aborto al propugnar la vida como principio básico y fundamental, y es un importante referente en Chile en los temas valorativos relacionados con la familia. En la Biblia no existe ningún texto en el que, de forma clara y explícita, se condene la práctica del aborto, sin embargo contiene textos que hacen menciones al tema y que han sido interpretados en ese sentido,“(...)La condena bíblica del aborto no se expresa tanto en fórmulas concretas como en el espíritu que recorre todas sus páginas y que

323

Entrevista a diputada Marcela Cubillos realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

constituye un canto a la vida y un himno de gratitud al Dios que la ha creado y la orienta hacia su encuentro de amor eterno (...)”³²⁴. En la tradición del Magisterio de la Iglesia, a lo largo de su historia, se sostiene que han existido dos elementos: uno inmutable constituido por una defensa de la vida humana independiente de sus condiciones de edad o salud, así como su rechazo decidido del aborto; y por otro lado elementos mudables relativos a una determinada concepción filosófica, como la formación del feto y las dudas sobre el momento de la aparición de la vida humana³²⁵. A este último aspecto pertenece la “tesis de la animación retardada”, que suponía que el alma se infunde cuando el embrión humano está preparado para recibirla, o sea, a los 40 días el masculino y 80-90 días el femenino, con lo que la protección a la vida comenzaba solo cuando existía alma. Esta posición surgió influida por las ideas filosóficas de Aristóteles, los conocimientos científicos de Galeno y traducción de la Biblia.

Fue defendida por Santo Tomás de Aquino, recogida en la literatura canónica (Decreto de Graciano, donde era menos penado un aborto a un feto no formado que a uno formado) y dominó en la tradición cristiana a partir del siglo VII y durante 11 siglos. Sin embargo desde el siglo XIX, la “tesis de la animación inmediata”, conforme a la cual se recibe el alma en el momento de la fecundación, es claramente dominante en la tradición católica. Surgió bajo el influjo de algunos médicos (Fyens, Gassendi, Zacchia) de una corriente científica que sostenía que todas las partes del cuerpo ya existían en el esperma o huevo y no tenían más que crecer y hacerse visibles. Esta tesis fue aceptada oficialmente por la Iglesia cuando en la constitución *Apostolicae sedis*, de 12 de octubre de 1869, el papa Pío IX excomulgaba a los que practicaran el aborto sin admitir ya la tesis de animación retardada, el Código de Derecho Canónico de 1917 ya no aludirá a la distinción entre feto formado y feto no formado³²⁶.

Existe una amplia documentación magisterial de la Iglesia que propugna la defensa de la vida desde la fecundación y la condena del aborto³²⁷. En Chile, en mayo del 2004 y producto de una decisión del Ministerio de Salud de repartir gratis la “píldora del día después” a las mujeres que hubieran sufrido una violación, el Cardenal Francisco Javier Errázuriz Ossa, Arzobispo de

³²⁴ Flecha, José Román, “La Fuente de la Vida. Manual de Bioética”, 3ª Ed., Salamanca, Editorial Sígueme, 2005, pág. 96; en el mismo sentido: Gafo, Javier, op.cit., pág. 63.

³²⁵ Gafo, Javier, op. cit., pág. 66.

³²⁶ Gafo, Javier, op. cit., págs. 65-67; Flecha, José Román, op. cit., págs. 196-208; Barzelatto, José y Faúndes, Aníbal. op. cit., 107-116.

³²⁷ Como ejemplos importantes están el Concilio Vaticano II, y más actuales la encíclica *Evangelium Vitae* y *Mulieris Dignitatem* de Juan Pablo II. Javier Gafo en el capítulo referido al Aborto de su libro “10 Palabras Clave en Bioética” ya citado, hace una breve síntesis de los contenidos de dicha documentación, en Gafo, Javier, op. cit., págs. 67-69.

Santiago señaló: “(...) El ejercicio de la propia libertad tiene un límite infranqueable: el derecho a la vida de los demás. No es el único, pero es un límite absoluto cuando se refiere a la vida inocente. Vulnera gravemente este principio esa corriente que pretende justificar el aborto como un derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo (...)”³²⁸. El arzobispo agrega que en la carta encíclica sobre el Evangelio de la Vida, S.S. Juan Pablo II recuerda con estas palabras lo que es el aborto procurado: “(...) es la eliminación deliberada y directa, como quiera que se realice, de un ser humano en la fase inicial de su existencia, que va de la concepción al nacimiento (...)”. En esa misma carta, recurriendo a su autoridad apostólica, el Papa afirma solemnemente: “(...) Con la autoridad conferida por Cristo a Pedro y a sus Sucesores, en comunión con los Obispos de la Iglesia católica, confirmo que la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral (...)”³²⁹. Ahora bien, a pesar de lo descrito anteriormente, la doctrina clásica moral católica reconoce el principio del “doble efecto”, con lo que acepta inducir un aborto “indirecto” para salvar la vida de la madre³³⁰. Actualmente, se considera que la instancia de “conflictos de valores” o deberes morales, podría sustituir con ventaja la antigua distinción entre aborto indirecto y directo. Esta metodología considera el conflicto de valores éticos en una situación concreta, lo que ayudaría a plantear el tema con mayor coherencia y realismo³³¹.

b) Discusión:

Entendidos ya los fundamentos de la consideración por los proponentes, de que el bien jurídico protegido es la vida del feto y de que el feto es persona desde la concepción, analizaremos distintos puntos que generan al menos controversia respecto de este tema.

En primer lugar analizaremos algunos de los argumentos jurídicos esgrimidos en el proyecto de Marcela Cubillos, presentado el año 2002, cuya explicación dimos en la parte objetiva de este trabajo y volvimos a enunciar al principio de este punto. En cuanto al artículo 19 N° 1 inc. 2 de la CPR, el citado artículo asegura a todas las personas, en su inciso primero, “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. En su inciso segundo señala:

³²⁸ Cardenal Francisco Javier Errázuriz Ossa, “Documento a los miembros de nuestra Iglesia en la Arquidiócesis de Santiago”, Santiago 1° de mayo de 2004. Disponible en Web <http://www.iglesia.cl>.

³²⁹ Cardenal Francisco Javier Errázuriz Ossa, *ibidem*.

³³⁰ Para explicación de teoría del doble efecto ver III.2.1 número 5.

³³¹ Flecha, José Román, *op. cit.* pág. 214.

“La ley protege la vida del que está por nacer”. Esta disposición es una reproducción literal de la contenida en el Art. 75 del CC. En doctrina se sostiene por algunos que esta disposición se incluyó con el propósito de que en el futuro no se pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto. Sería inconstitucional el que se permitiera la práctica masiva del aborto, pero habría un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en determinadas circunstancias, lo cual se deduciría de las opiniones vertidas por los constituyentes³³². Del análisis de la Actas Constitucionales, se constata que ése fue el pensamiento de los constituyentes, pues no se aprobó como lo quería el señor Guzmán, una disposición que prohibiera el aborto y la eutanasia. El profesor Bascuñán, estima que la CPR protege la vida del que está por nacer, pero que sus limitaciones están entregadas al legislador. En caso de conflictos entre la vida del que esta por nacer y los derechos y deberes de la madre correspondería solucionar la colisión ponderando los bienes en conflicto. La ponderación se inclina hacia la madre ante situaciones que exijan un deber de solidaridad con el no nacido que vaya más allá de lo que cualquier embarazo normal acarrea como consecuencia. Lo que exceda esto último no se podría exigir, por razones de justicia. Por otro lado no es necesariamente por la vía penal que se puede proteger la vida del nasciturus³³³.

En segundo lugar y desde otro punto de vista, los proyectos pretenden que la calidad jurídica de persona se inicia con la concepción y esa situación en alguna medida estaría fundada en la norma constitucional que protege la vida de las personas y al proteger la vida también del que está por nacer, se deduciría que este último, goza del derecho a la vida que se asegura a las personas³³⁴. Dentro de la doctrina jurídico-penal, Etcheberry trata este tema rechazando dicho razonamiento por varias razones. En primer lugar, por las consecuencias legales de aceptar esa teoría, como serían: en materia penal tendrían que ser consideradas inconstitucionales las normas que sancionan el aborto, pues no habría diferencia en matar a una persona antes o después del parto; en materia civil los derechos y capacidad de goce propios de las personas se adquirirían desde la concepción, por lo que sería igualmente inconstitucional el Art 74 del CC; además señala que el texto de la garantía no hace mas que reproducir el Art. 75 del mismo código, que claramente establece una distinción entre la persona y el que está por nacer. Luego señala que el

³³² Nogueira, Humberto, Pfeffer, Emilio y Verdugo, Mario, op. cit, pág. 199. En la misma obra señalan que esta es la opinión de don Enrique Evans de la Cuadra contenida en su obra “Los derechos constitucionales”.

³³³ Bascuñán, Antonio, op. cit., pág. 167 y ss.

³³⁴ Para explicación ver III.2.5; para punto de vista penal ver III.3.1 letra c).

ordenamiento jurídico reconoce que el producto de la concepción tiene vida pero fija una regla para considerarlo persona que es el nacimiento. Continúa señalando que la afirmación de que la ley protege la vida del que está por nacer impone más deberes a quienes son ya personas en el sentido de no interrumpir el desarrollo de la criatura, como son las medidas que aún de oficio el juez debe tomar para proteger la vida del que está por nacer, la postergación de todo castigo a la madre hasta después del nacimiento, etc. Concluye: “(...) hay un reconocimiento a la vida del que está por nacer, y una obligación legal de respetarla y protegerla, pero sin que se asigne a aquél el estatuto jurídico de persona. Existe una realidad biológica objetivamente observable, a la que la ciencia médica da los nombres sucesivos de cigoto, embrión y feto, de acuerdo con las sucesivas etapas de su desarrollo; hay una concepción religiosa de lo que constituye persona formada por un organismo físico y un principio espiritual; y un concepto o regla jurídica en el sentido de que el estatuto legal de persona se adquiere al nacer, y antes de eso existe, por cierto vida humana que debe ser respetada y protegida, pero que legalmente no confiere todavía la calidad de persona (...)”³³⁵. Analizamos ya el hecho de que la doctrina jurídico-penal chilena dominante considera que el bien jurídico protegido por el delito de aborto es la vida del feto, y que pese a ello la posición dominante también considera que el feto no es persona, lo cual no impide que el feto esté protegido por el ordenamiento jurídico. Volveremos sobre este punto al revisar la medida que propone cambiar de párrafo el delito de aborto en el CP.

En tercer lugar, es necesario tener presente que hay que distinguir tres situaciones, comenzando por el momento en que se inicia la vida; el grado de protección en distintos estados de desarrollo de la vida del feto; y el otorgamiento o reconocimiento de la calidad de persona, punto analizado en el párrafo anterior. Lo referido al grado de protección de la vida del feto, fue analizado respecto del momento en que se protege la vida, pero es importante señalar que en nuestro país no existe ninguna diferencia en el grado de protección jurídica de acuerdo al desarrollo del feto. Todo aborto, en cualquier momento de la fase gestacional es sancionado³³⁶. En cuanto al momento en que se inicia la vida, tanto desde el punto de vista científico como bioético es un tema muy discutido³³⁷, y existen distintas posiciones al respecto. No es nuestro tema referirnos latamente a estas discusiones, pero sí al menos plantearlas. A este respecto es ilustrativo señalar que existen 3 posiciones fundamentales sobre el comienzo de la vida humana:

³³⁵ Etcheberry, Tomo III, 1998, op. cit., págs. 91-94.

³³⁶ No así en el caso de otras legislaciones que reconocen una menor protección hasta un número determinado de semanas de embarazo, ya sea por sistema de plazos, indicaciones o mixto. Para ejemplos ver nota 281.

³³⁷ Dr. Carlos Valenzuela, “Aborto y ...”, op. cit., pág. 2.

la concepcional que sostiene que el ser humano se origina al momento de la unión de los gametos y formación del cigoto; la evolutiva, que centra el comienzo de la vida en la aparición de algún rasgo morfológico o evolutivo del embrión o un momento determinado del proceso de gestación, como pueden ser: la anidación, la individuación, la aparición de la cresta neural, etc.; y la relacional para la cual la vida humana se inicia en el momento que es asumida en una relación, que en su forma más natural es generada por la mujer que se acepta a si misma como madre.

Este vínculo requeriría dos condiciones: la conciencia de la mujer de estar embarazada y la aceptación de esa condición³³⁸. Lo anterior basta para observar que la certeza aludida por los patrocinadores de los proyectos en la realidad no es verdadera, pues sí existe duda científica y ética acerca del comienzo de la vida aún antes de considerar si es persona o no, y existen distintas posiciones. A mayor abundamiento, se plantean algunas deficiencias de la postura concepcional como: “(...) la biología no permite establecer la formación del cigoto como dato objetivo del comienzo de la vida humana ya que no se puede saber si ha existido una concepción fructífera sino cuando se dan signos de un embarazo viable, (...) de manera que el punto de vista concepcional habría de reconocer que el comienzo de la vida humana es *ab initio* un proceso y no un episodio (...)”. Unido a esto está el hecho de que sólo el 22% de los cigotos llegan a embriones lo que está ligado a la potencialidad del feto de llegar a ser humano³³⁹. Este punto es más relevante para un análisis de la denominada píldora del día después, pero nos pareció interesante desarrollarlo aquí³⁴⁰.

Por último, frente a las argumentaciones desarrolladas en los proyectos analizados en esta parte, que en general centran el problema en el derecho a la vida del feto, encontramos posturas que enfrentan el problema desde la posición de la mujer. Lo fundamental, desde este punto de vista es reconocer a la mujer como un ser humano con derechos y deberes para con la sociedad y respecto de si misma, enfatizando que éste es un tema de derechos humanos y de ciudadanía de las mujeres³⁴¹. Desde este punto de vista, en nuestro país donde el aborto es ilegal

³³⁸ Kottow, Miguel, “Bioética del comienzo de la vida humana ¿Cuántas veces comienza la vida humana?” [en línea], Texto publicado en Bioética (Sao Paulo) 9, 2001, págs. 25-42, disponible en web: www.colegiomedico.cl, sección Publicaciones. Esta última postura es defendida por el autor, quién además efectúa un interesante análisis a la luz de la fertilización asistida.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ Ver III.3.1 letra c).

³⁴¹ Esta postura la encontramos claramente en el proyecto de ley sobre derechos sexuales y reproductivos y en el proyecto de reforma constitucional que busca el reconocimiento de este derecho, analizados brevemente

y en la práctica se realizan abortos clandestinos e inseguros, surgen consideraciones a fin de despenalizarlo. En primer lugar, se toman en cuenta las **circunstancias que llevan a una mujer a tomar la decisión de abortar**. Faúndes y Barzelatto sostienen que “(...) la razón más comúnmente aducida para explicar porqué las mujeres tiene embarazos imprevistos y no deseados es que carecen de información sobre los métodos anticonceptivos o no tienen acceso a ellos (...) otra causa importante es el hecho de que la mayoría de las mujeres son incapaces de controlar el momento y las condiciones de una relación sexual (...)”. Ahora bien, respecto a las razones que llevan a que un embarazo imprevisto se transforme en no deseado señalan que “(...) a las mujeres no les gusta abortar (...) el embarazo tiene que ser absolutamente no deseado para empujar a una mujer a hacerse un aborto (...)”.

De acuerdo a estudios de países desarrollados y no desarrollados revisados por los autores, entre las razones más comunes que llevan a una mujer a decidir interrumpir su embarazo, se encuentran la falta de un padre, limitaciones económicas, incapacidad de ser buena madre e interferencia con proyectos de vida (razón que se da mayormente entre adolescentes solteras y jóvenes), conflictos con las normas sociales (excesivamente restringidas), razones de salud, falta de apoyo social (falta de condiciones sociales para llevar un embarazo a término, ingreso económico estable, acceso a centros de atención de salud, sala cuna, etc.)³⁴². En el caso chileno Olga Grau señala que un embarazo no deseado puede deberse a diversos motivos “(...) donde no sólo se toman en cuenta realidades económicas o sociales y familiares, sino también afectivas (...)”, entre las razones menciona “(...) la pobreza, la juventud, el miedo a enfrentar hijos por parte de mujeres solas, situaciones de presión, miedo de no ser capaces de ser madres, un acto de violación, un acto de desamor, alcoholismo, drogadicción, desconocimiento, deseo de mantener un estatus, falta de precaución. Se considera como razón menor, desde un punto de vista cuantitativo, la apelación al derecho sobre el cuerpo y a un proyecto de vida que no contemple a ese hijo (...)”³⁴³. Para la diputada Adriana Muñoz “(...) si bien es cierto el aborto es una decisión desesperada, individual de la mujer o de la familia, las causas por las cuales se llega a tomar esa decisión son sociales, son de todos nosotros.(...) donde hay menos información, menos educación y un aumento progresivo de madres adolescentes (...)”, lo que ocurre en los

en la Introducción. Sin embargo, no es así de claro en los proyectos analizados que buscan reponer la figura del aborto terapéutico, pues lo único que en definitiva proponen es la reposición de una figura anterior que tradicionalmente privilegió la vida de la mujer por sobre la del feto.

³⁴² Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., págs. 89-94.

³⁴³ Grau, Olga “et al”, op. cit., pág. 320.

sectores bajos donde a juicio de la diputada se concentra la natalidad, “(...) entonces es en esos sectores donde se produce un tipo de aborto que es el foco de lo que provoca la mayor cantidad de muertes de mujeres(...)”³⁴⁴. En segundo lugar, se asume al aborto clandestino como un **grave problema de salud pública**. “(...) La mayoría de los abortos inseguros³⁴⁵ son ilegales (...) la mortalidad relacionada con el aborto es más alta en los países donde éste sufre restricciones legales y los servicios de salud reproductiva son insuficientes o inexistentes. En contraste, en un país donde el aborto es legal y los servicios son adecuados, ninguna mujer que decida abortar tiene que poner en riesgo su salud (...)”³⁴⁶. En Chile aunque la mortalidad por aborto ha descendido en la última década, continúa incidiendo en cerca de 10% en la mortalidad materna. “(...) Es difícil saber exactamente cuál es la realidad de este problema de Salud Pública en Chile, debido a la extrema penalización existente (...)”³⁴⁷.

En tercer lugar, el aborto ilegal y clandestino constituye además un **problema de justicia social**. “(...) las mujeres con recursos económicos suficientes tienen acceso al aborto seguro en la mayoría de las sociedades en que esa intervención está limitada por la ley, mientras sean capaces de pagarla. Por otra parte quienes cuentan con menores ingresos deben utilizar los servicios de aborteros no profesionales que someten a las mujeres a métodos peligrosos y antihigiénicos con consecuencias catastróficas (...)”³⁴⁸. El aborto es un problema que puede afectar a todas las mujeres sin distinción de clases sociales, religión, edad o estado civil, pero las más afectadas por las consecuencias derivadas de un aborto ilegal e inseguro serán las mujeres de escasos recursos. En este punto es interesante anotar, dentro del perfil de las mujeres procesadas por aborto del estudio de Lidia Casas, que entre las mujeres penalizadas las más expuestas son las mujeres pobres, por el riesgo sanitario que conlleva un aborto clandestino y por la recurrencia a maniobras caseras de alto riesgo, situaciones que concluyen en el requerimiento de una asistencia médica en los servicios públicos de salud, lugar donde es

³⁴⁴ Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

³⁴⁵ Recordemos que de acuerdo a las OMS un aborto inseguro es un procedimiento para poner fin a un embarazo no deseado, sea realizado por personas que carecen de las aptitudes necesarias o en un ámbito en el que no se cumplen los mínimos criterios médicos o con la concurrencia de ambas circunstancias.

³⁴⁶ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., págs. 47, 72-73.

³⁴⁷ Ministerio de Salud de Chile y Organización Panamericana de la Salud (OPS), Documento de Trabajo “Género, Equidad y Reforma de la Salud en Chile”, [en línea], 2002, Documento 4, pág. 4, disponible en web <http://www.paho.org/spanish/hdp/hdw/sexualreproductiverights.pdf>

³⁴⁸ Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., págs. 75.

denunciada y entregada a la fuerza policial³⁴⁹. Por último, es considerado también un **problema de derechos humanos**. “(...) Las leyes que prohíben y castigan el aborto violan una amplia gama de derechos humanos de las mujeres, reconocidos en diversos instrumentos internacionales, en especial su derecho a la igualdad y a no ser discriminadas, el derecho a la seguridad y a la integridad física y psíquica, el derecho a la libertad, el derecho a la privacidad, el derecho a no ser torturadas ni sufrir tratos crueles inhumanos ni degradantes, entre otros (...)”³⁵⁰. Así por ejemplo, la penalización del aborto violaría el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de la mujer, por las condiciones de los abortos clandestinos e inseguros. Además, violaría el derecho a la igualdad y a la no discriminación de género, pues prohíbe un procedimiento que sólo se practica a las mujeres. Las leyes que castigan el aborto discriminan a las mujeres por nivel socioeconómico, como anotamos respecto del punto anterior. La prohibición, unida a un escaso acceso y conocimiento de métodos anticonceptivos, transgrede el derecho de las mujeres a optar libre y voluntariamente por la maternidad, a diferencia del hombre a quien no se le aplican restricciones ni obligaciones legales respecto de la decisión de hacerse cargo o no de una criatura concebida por él. Lo anterior es claro tomando en cuenta que “(...) La sociedad chilena ha asignado a las mujeres la responsabilidad de la anticoncepción, y las acciones del sector salud se han orientado hacia mujeres en edad fértil (...)”³⁵¹. Desde este punto de vista “(...) las leyes que prohíben el aborto en cualquier caso y que obligan a las mujeres a llevar a término un embarazo aún en contra de su voluntad, imponen una situación inaceptable e intolerable para muchas mujeres, equivalente a una forma de tortura o tratamiento inhumano (...)”³⁵².

Los derechos sexuales y reproductivos son considerados derechos y libertades fundamentales que derivan de derechos humanos reconocidos como tales por instrumentos jurídicos internacionales y que han sido incorporados a la legislación chilena con rango constitucional de acuerdo a lo señalado en el Art. 5° inciso 2° de la CPR. En general, son considerados parte de los derechos humanos y su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la

³⁴⁹ Casa Becerra, Lidia, “Mujeres Encarceladas por aborto”, Santiago, Ed. LOM, 1996, págs. 1-23.

³⁵⁰ Foro de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos-Chile, “Atención humanizada del aborto inseguro en Chile”, Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe (RSMLAS), Septiembre de 2003, Santiago de Chile.

³⁵¹ Ministerio de Salud de Chile, op. cit., pág 1.

³⁵² Foro de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos-Chile, op.cit.

sexualidad y la reproducción. Implican que el Estado debe garantizar que toda persona pueda decidir cuántos hijos va a tener, decidir el espaciamiento de los hijos, controlar su comportamiento sexual según su propia forma de ser, sentir y pensar sin tener miedo o vergüenza, estar libre de enfermedades y deficiencias que interfieran con sus funciones sexuales y reproductivas. Este planteamiento lleva a analizar en conjunto numerosos temas como sida, embarazo y maternidad adolescente, mortalidad materna, entre otros. En este contexto, despenalizar el aborto, haría posible alcanzar la realización de algunos de estos derechos, los que se verían afectados por la prohibición³⁵³.

Entre las posturas más radicales que defienden el aborto como un derecho de la mujer, encontramos que el fondo del problema es cómo se concibe el papel de la mujer en la sociedad. Así, “(...) hay necesidad de ubicar el debate donde se da: en el marco de una sociedad patriarcal. Dentro de este ordenamiento, las mujeres están en condiciones de desventaja para ejercer el control sobre sus vidas, su sexualidad y su capacidad reproductiva(...)”; los aspectos de sexualidad y reproducción que afectan a los intereses de las mujeres estarían regulados por “(...) normas arbitrarias e interrelaciones con los hombres que no se dan en equidad y reciprocidad (...)”³⁵⁴. De lo que se trataría es de “someter a la mujer ante la familia y la sociedad”. Uno de los grandes cambios sociales del último tiempo, se ha producido por la incorporación de la mujer como fuerza de trabajo, con lo que ha conquistado más independencia económica y social. Esta evolución de la mujer en sociedad ha venido aparejada de nuevas metas que van más allá de ser esposa y madre. “(...) El que la mujer se salga de ese papel tradicional es muy peligroso para una sociedad patriarcal (...) y en ese contexto se ha dado una enorme batalla sobre el papel de la mujer en la sociedad. Eso es lo que impulsa el debate sobre el aborto y por eso ha causado tan intensa polarización (...)”³⁵⁵.

En Chile, una opinión en este sentido plantea que “(...) pareciera que el hecho de que una mujer decida sobre su capacidad reproductiva pone en cuestión aspectos demasiado delicados en nuestra sociedad. Y es que el aborto es una discusión acerca de la vida y la muerte pero, fundamentalmente, es una discusión acerca de quién tiene el derecho, en última instancia a

³⁵³ Red Foro Abierto de Salud y derechos Sexuales y Reproductivos. Región Metropolitana. “Proyecto Ley Marco sobre Derechos Sexuales y reproductivos”. Una iniciativa de la sociedad Civil. Marzo 2001.

³⁵⁴ Cardich, Rosario y Carrasco, Frescia, “Desde las mujeres. Visiones del aborto. Nexos entre sexualidad anticoncepción y aborto”, Lima, Movimiento Manuela Ramos, *The Population Council*, 1993, pág. 113.

³⁵⁵ Greenburg, Mary Lou, “El derecho a escoger y la liberación de la mujer”, [en línea], disponible en web: http://rwor.org/a/v19/940-49/940/mlg_s.htm.

decidir sobre la vida y la muerte (...) sin embargo, y este es el punto, las mujeres tenemos la capacidad corporal de producir la vida (...) esto representa un enorme poder o, mas bien, la potencialidad de un enorme poder que justamente por esa razón, intenta controlarse a través de diversos mecanismos, todos los cuales apuntan a desapropiar a la mujer de este derecho (...)³⁵⁶.

2.- Análisis de cada medida propuesta.

a) Aumento de las penas privativas de libertad.

En este punto hay que hacer una distinción: los proyectos patrocinados por los parlamentarios Espina y Paya en el año 1994, proponen aumentar las penas en al menos un grado sólo a los terceros que practican abortos con o sin el consentimiento de la mujer, facultativo o no. En términos de años esto implica, por ejemplo, que el aborto realizado por un tercero cualquiera con consentimiento de la mujer tendrá una variación desde 541 días a 3 años, a ser desde 3 años y un día a 5 años. Y en el caso del facultativo la variación de la pena va desde 3 años y un día a 5 años, a ser desde 5 años y un día a 10 años.

Por otro lado, los proyectos de Larraín del año 1994³⁵⁷ y de Cubillos del año 2002 proponen, junto con aumentar las penas a los terceros, además aumentar el grado de penalidad a la propia mujer. Así, la pena a la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, en vez de considerarse entre 3 años y un día a 5 años, pasa a serlo, al menos, entre 3 años y un día a 10 años. Es importante destacar, que junto a este aumento de penalidad para la mujer, los proyectos proponen rebajas de al menos dos grados por medio de la figura del arrepentimiento eficaz (todos los proyectos) e incluso el proyecto de Cubillos del año 2002, propone la figura de la conmutación de la pena, puntos que serán analizados mas adelante.

Entre las razones que en general se sostienen en los proyectos para fundar el aumento de la penalidad las más importantes son las siguientes:

³⁵⁶ Pérez Prado, Francisca, en Introducción al texto de Casas Becerra, Lidia, “Mujeres Encarceladas por aborto”, op. cit.

³⁵⁷ El proyecto inicial de Larraín proponía un aumento de dos grados en la pena para la mujer que causar su aborto o consintiere que otra persona se lo cause. Sin embargo la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento optó por flexibilizar las penas a fin de dar al juez la posibilidad de decidir de acuerdo al mérito del proceso, por lo que mantuvo como mínimo la pena existente actualmente, esto es presidio menor en su grado máximo, pero agregando como tramo superior el de presidio mayor en su grado mínimo. Ver supra II.D).

i) Las penas son muy bajas en relación al bien jurídico protegido que es la vida del feto, ya analizado. Es importante mencionar aquí que este es el argumento central en el proyecto de Cubillos del año 2002, tanto así que el aumento de penas se produce porque no puede existir diferencia entre la vida antes o después del nacimiento, pese a lo cual el aumento de penas que propone no es tan alto como las penas asignadas al homicidio, sólo la figura del aborto violento del 342 N° 1 llegaría a asimilarse en cuanto a la pena al homicidio simple.

Los otros proyectos contienen esta aseveración, pero el fundamento de la reforma va mas ligado a lo señalado en el punto siguiente.

ii) Debido a la baja penalidad se hacen procedentes los beneficios alternativos de la pena contemplados en la ley N° 18.216, con lo que prácticamente no se cumple con la privación de libertad y en definitiva con la pena que la ley establece para sancionar tan grave atentado contra la vida intrauterina como lo es el aborto. Este argumento es sostenido por el proyecto de Larraín de 1994 y de Paya de 1994 y en él se centran casi todas las argumentaciones que apoyan su proyecto en la discusión. El énfasis de la modificación de las normas del aborto estuvo en dar eficacia la norma penal para así proteger a quienes no tienen ninguna posibilidad de defenderse.

Los beneficios contenidos en la ley N° 18.216 son: remisión de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada. Su objetivo es paliar los efectos criminógenos del encierro, por lo que permiten a los condenados cumplir sus penas fuera del recinto carcelario. Para ser beneficiario hay ciertos requisitos básicos como no haber sido condenado previamente por crimen o simple delito y, para acceder a la remisión condicional y a la reclusión nocturna, que la pena no exceda de 3 años; en el caso de la libertad vigilada la pena privativa de libertad impuesta debe ser mayor a dos años y no exceder de 5. Además los beneficiarios están sujetos a control de gendarmería, y si no cumplen con las condiciones de su beneficio, lo pierden.

A este respecto hay que destacar las conclusiones de un estudio de los procesos judiciales por delito de aborto realizado en 1998 por Lidia Casas en cuanto a las procesadas. Las principales afectadas por el sistema penal son: mujeres en edad fértil (18-29 años), pobres con acceso sólo a la salud pública que es de donde provienen el 80% de las denuncias; casi la mitad de ellas no tenía pareja estable; el nivel educacional llegaba en su mayoría hasta la educación primaria; mas de la mitad tenía uno o mas hijos al momento de la práctica del aborto; la mitad de la muestra tenían trabajo remunerado (1/3 de ellas trabajadoras de casa particular) y el resto no

realizaban actividades remuneradas³⁵⁸. Además, concluye que: “(...) al 70% de las abortantes se les concede remisión condicional de la pena, mientras que un 16,6% recibe penas de libertad vigilada. En el caso de las proveedoras sólo un 55% logra beneficiarse de la remisión condicional, observándose una mayor proporción -22%- de penas de cárcel. En estos casos, y a diferencia de las abortantes, se trataba de personas que no podían beneficiarse de medidas alternativas por haber sido previamente condenadas por crimen o simple delito (...)”³⁵⁹.

La situación descrita parece dar la razón a los proponentes, pues efectivamente en la mayoría de los casos no se cumple con la pena de privación de libertad, sin embargo observamos que los jueces conceden estos beneficios, porque durante la tramitación del juicio conocen, por los testimonios de las procesadas, las circunstancias en que se produjo el aborto. Además, acogen las atenuantes y eximentes alegadas como defensas (siempre que sean probadas), lo que en definitiva permite rebajar la pena y que sea posible que accedan a los beneficios alternativos³⁶⁰.

En relación a esto es importante lo que concluye el estudio sobre la prisión preventiva, donde el 57% de las mujeres que abortó, el 87% de los proveedores y partícipes y el 87% de los cómplices, pasó un tiempo considerable privado(a) de libertad: las mujeres enjuiciadas por aborto pasaron en promedio 31.3 días en prisión preventiva; las(os) proveedores del aborto estuvieron en promedio 84.1 días en prisión preventiva; quienes indujeron a la mujer a abortar un promedio de 68.5 días, y quienes fueron sindicados como cómplices, un promedio de 20.5 días. Así, observa Casas que la prisión preventiva se utilizaba frecuentemente para castigar anticipadamente a las mujeres que han abortado y a quienes han colaborado con ella³⁶¹.

³⁵⁸ Casa Becerra, Lidia. “Mujeres Encarceladas por aborto”, op. cit., págs. 1-20.

³⁵⁹ Idem, págs. 92-94.

³⁶⁰ Idem, págs. 55 y ss.

³⁶¹ Idem, págs. 52-53.

iii) Postulan que aumentando las penas se producirá un efecto disuasivo, que en definitiva llevará a desincentivar la práctica de este delito. Esto, junto a las penas pecuniarias propuestas, en el fondo acabará con el negocio de quienes lucran con esta práctica. Mencionado por todos los proponentes aunque con distintos matices.

Este argumento puede desglosarse a su vez en dos aspectos:

- Desde el punto de vista de la dogmática penal, se argumenta que un aumento de penas satisface una concepción preventiva general de la pena de carácter intimidatoria.

Esta teoría se construye en el sentido de “desincentivar la comisión de este delito por la vía de sancionar severamente a quienes atenten contra la vida intrauterina” como se ve en la argumentación del señor Larraín, siendo mas o menos similar en los demás, sin embargo el señor Paya la menciona expresamente: “(...) desde un punto de vista político criminal es indispensable que la norma cumpla su función preventiva o intimidatoria, con el objeto preciso de evitar que se cometan estos atropellos en contra de la vida, siendo este el objeto último de esta reforma (...)”.

Para entender mejor este punto es necesario recordar que la pena es una forma de reaccionar del Estado frente a la comisión de un delito que consiste en causarle un mal al entendido como culpable de un hecho típico; la pena se justifica en cuanto es necesaria para conservar una convivencia pacífica. En cuanto a los objetivos que debe cumplir no existe acuerdo, las distintas concepciones en este punto giran en torno a 2 ideas matrices: justicia y utilidad. Estos dos conceptos nos permiten distinguir una amplia gama de teorías acerca de la naturaleza y fin de la pena, todas variantes de tres teorías principales que son:

- las **teorías absolutas** cuya principal característica es su afirmación de que la pena se justifica por si misma y no es un instrumento destinado a la persecución de fines ulteriores. La más representativa de estas teorías es la del la retribución o expiación, es decir, al autor se lo castiga por el delito ejecutado y en la medida de este delito. La sanción es retributiva de la culpabilidad del delincuente y tiene por fin hacer justicia en el mundo por el mal causado por el actor.
- Las **teorías relativas**, por el contrario, son de índole preventiva, la pena es un instrumento para lograr la paz social, se impone con el propósito de evitar la comisión en el futuro de otros delitos. Las teorías relativas tienen dos grandes vertientes: la de la prevención especial, que pretende alcanzar su meta mejorando al autor, resocializándolo; y la **teoría de la prevención general** que actúa sobre la comunidad y sobre el

delincuente mediante la amenaza de la pena y su ejecución, las cuales deben constituir un motivo de abstención ante el riesgo de verse afectados por ella. Se asocian con la palabra intimidación.

- o las **teorías mixtas o unitarias** procuran encontrar una conciliación, atribuyendo a la pena características y objetivos múltiples que satisfacen, en cierta medida, los presupuestos y exigencias de las tres concepciones anteriores³⁶².

La teoría de la prevención general, sostenida como fundamento por Paya en su proyecto de 1994, cuenta con la simpatía de amplios sectores sociales en Chile que confían en el poder intimidatorio de la pena, sin embargo se han efectuado fuertes críticas a esta teoría siendo las principales: a) el fracaso histórico de la pena como disuasivo; b) el que conlleva el riesgo de un progresivo aumento de las penas que lleve finalmente a castigos inhumanos, el peligro de la prevención general es crear la tendencia a exacerbar el rigor de la pena con el objeto de atemorizar efectivamente a las personas, lo que permite que se intensifique su rigor sin considerar la lesión sufrida por el bien jurídico afectado ni la culpabilidad del delincuente.; c) la crítica más relevante dice relación con que para disuadir a la comunidad, utiliza al ser humano como medio, como un instrumento, situación que atenta contra los principios básicos en los que descansa una sociedad democrática. Pese a las críticas esta teoría no se desestima completamente, pero hay un énfasis en que su objetivo debe ser limitado o puesto en juego con otros factores para así obtener un resultado satisfactorio³⁶³.

Estimamos que es errado proponer el aumento de penas basado en esta teoría. No responde a la realidad social ni aún a las tendencias penales imperantes en cuanto a naturaleza y fin de la pena, deja de lado otros aspectos como la resocialización y no es efectiva en impedir la comisión de delitos. Aplicado al aborto, creemos que no tienen mayor efecto en sí, pues una mujer que aborta y es detectada por el sistema penal, difícilmente va a repetir la experiencia pero no sólo por la sanción penal, sino por el castigo social y los problemas en su salud que se produzcan. Del estudio de Casas, además surge el hecho de que las mujeres que accedían a los beneficios alternativos eran aquellas en las que no había reincidencia (70%).

En cuanto a los terceros, esta medida, junto a las penas pecuniarias podría constituir un disuasivo, pero no desde un punto de vista intimidatorio, sino más relacionado con el punto desarrollado en el párrafo siguiente.

³⁶² Garrido Montt, op. cit, pág. 69 y ss.

³⁶³ Cury, Enrique, op. cit., pág. 41 y ss.

- Desde el punto de vista práctico, se busca aumentar los costos que deben evaluarse al momento de tomar la decisión de incurrir o no en el delito de aborto, para así desincentivarlo.

Esto tiene que ver con un análisis del tipo costo/beneficio, al momento de pensar en la posibilidad de llevar a cabo un aborto, ya sea por la mujer o por el tercero. Una alta penalidad implica un riesgo mucho mayor en la ejecución de esta conducta. Desde el punto de vista del tercero podríamos decir que si ofrece un “servicio” en determinadas condiciones mínimas de higiene será menos detectable por el sistema, pero a su vez asumirá un mayor riesgo por la alta penalidad asociada al delito, con lo que su servicio se hará más escaso y aumentará su precio. Desde el punto de vista de la mujer tiene efectos en el acceso a una intervención de este tipo. Sin embargo, si bien el mayor costo podría disuadir a algunas personas hay que considerar que la gran causa para que una mujer aborte es la situación de angustia extrema que se produce por la existencia de un embarazo no deseado el cual puede ser producto de ignorancia, falta de educación sexual, de acceso a métodos de planificación familiar, inestabilidad de la pareja, etc.³⁶⁴, con lo que podríamos observar que la demanda por abortos no disminuirá considerablemente si no se atacan las causas que llevan a una mujer a abortar. Ahora bien, si tenemos una demanda constante y un alza en el precio encontraremos que va a afectar a las personas con menos recursos para acceder al aborto. Lo que ocurrirá es que manteniéndose las causas que inducen a una persona a tomar la decisión de abortar ésta va a intentarlo por todos los medios que posea, así para quien puede pagarlo esta medida no tendrá mayor efecto, sin embargo una persona de escasos recursos que no tiene los medios para soportar un precio alto, va a optar por realizarse una intervención más barata la que obviamente va a implicar menor seguridad, menores condiciones de higiene y de preparación técnica de quien realice el aborto (si no es ella misma). A esto hay que agregar que debido a los riesgos, es más probable que los casos que lleguen a hospitalizarse provengan de este grupo, y por esta misma circunstancia que sean estos casos los que sean detectados por el sistema.

³⁶⁴

A este respecto es importante la opinión de Edgardo Boeninger, en la discusión que se produjo en el senado acerca del proyecto presentado por el senador Larraín en 1994. El senador plantea que el proyecto es ineficaz ya que la causa del aborto radica en el embarazo no deseado, y lo que corresponde sería reducir este tipo de embarazos. Por otro lado señala como consecuencias de la aprobación del proyecto un aumento en los costos del aborto y una disminución de los niveles de calidad en la atención del mismo, con lo que las mujeres penalizadas serán las de menores condiciones económicas.

En suma, con esta norma lo que se implantaría es una discriminación, pues el aumento de la pena afectaría precisamente a las mujeres más pobres, en este sentido en el libro “El aborto en Chile” de Claudia Lagos se cita una entrevista con la abogada Lidia Casas respecto al tema; “(...) para Lidia Casas (...) el proyecto de Larraín partía de una idea errada: creer que el problema se soluciona aumentando las penas e incentivando las denuncias. Con esta estrategia, según ella, se reforzaba la tendencia del sistema penal a actuar sobre el sector más pobre de la población. Sector donde el sistema ya actúa con fuerza. Dicho de otra manera: con la ley de Larraín se mantendrían impunes los abortos que se producen en la clase alta (...)”³⁶⁵.

b) Establecimiento de la figura del arrepentimiento eficaz.

Esta figura surgió principalmente ligada al terrorismo y ha sido reconocida por la legislación de países tales como Italia, Alemania, Francia y España. En las legislaciones de estos países el arrepentimiento eficaz se traduce en la rebaja o exención de pena si el terrorista arrepentido entrega información relevante tendiente a desarticular la organización terrorista, evitar la comisión de un delito o permitir la individualización de los partícipes. Para tal efecto los datos o informaciones suministrados deben ser precisos, verídicos y comprobables, y además deben contribuir necesariamente al logro de alguno de los objetivos antes señalados. En cuanto a su denominación, en Europa se le conoce como “testigo de la corona” (traducción del alemán *kronzeuge*), o “terrorista arrepentido” en España y los “*pentiti*” en Italia³⁶⁶.

De la experiencia comparada podemos deducir algunas características:

1. La figura europea suele involucrar la noción de arrepentimiento o de repudio al delito cometido.
2. La legislación anti-terrorista constituye la figura explícitamente, ya que no existe como práctica normal en los sistemas jurídicos de los países incluidos. Es excepcional.
3. Las rebajas de la pena (o posible exención) están normadas explícitamente en la ley.

³⁶⁵

Lagos, Claudia, op. cit. pág. 40.

³⁶⁶

Connelly, Thomas John, “La Figura del ‘testigo de la corona’ o ‘terrorista arrepentido’: estudio en derecho comparado en la legislación anti-terrorista de Italia, España, Francia y Alemania y en la legislación chilena vigente”, [en línea], en Serie estudios / Biblioteca del Congreso Nacional. (Santiago, Chile), Año I, N°.6 (mar.1991), 33p. y Año I, N°.6-A (abr.1991), disponible en web: http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/lafigura.htm.

4. Se constituye la figura del "arrepentido" en un contexto de la supresión general de garantías procesales. Esto dice relación con el hecho de que es una figura que nace junto a un conjunto de otras medidas excepcionales "necesarias para enfrentar una crisis o emergencia, por lo que se acepta un grado de supresión de derechos normalmente protegidos por la ley, por ejemplo, la prolongación del período de detención sin cargos, reglas de incomunicación."³⁶⁷.
5. En España, la rebaja está condicionada a que el inculpado no reincida.
6. Tres países (Italia, España, Alemania) fijaron plazos de vigencia para las normas referidas, lo que le da su carácter de transitoria.
7. Se la concibe como un factor que creará desconfianza entre los terroristas y que dará acceso a información a la que no se llegaría de otra fuente.
8. Siempre requiere la colaboración del inculpado con el juez³⁶⁸.

Nuestro Ordenamiento Jurídico establece esta figura en los siguientes casos:

- La ley antiterrorista vigente (ley N° 18.314) contempla esta figura en su Art. 4°. Se caracteriza porque sólo produce la rebaja de la pena hasta en dos grados. Para ello es necesario que quien la invoca lleve a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado o dé información o proporcione antecedentes que sirvan efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos.
- La ley N° 19.975 de 5 de octubre de 2004 que fija texto actualizado y refundido de la ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado, en su Art. 23A, fija una rebaja de la pena a la persona que haya incurrido en delitos contra la seguridad del estado, por revelar al Ministerio Público antecedentes no conocidos que sean útiles a la comprobación del delito o a la determinación de los delincuentes. La misma regla se aplicará al que denunciare a la autoridad el plan y circunstancias de toda nueva conspiración para

³⁶⁷ Connelly, Thomas John, op. cit., pág. 13.

³⁶⁸ Connelly menciona las primeras seis características como elementos diferenciadores de esta figura jurídica con la práctica procesal estadounidense del "*plea bargaining*" (delación compensada) y *state's evidence* (testigo fiscal), y considera que el caso chileno se asimila al caso europeo, pero que se suele utilizar en Chile el término delación compensada para referirse a ambos sistemas. Ver Connelly, Thomas John, op. cit., pág. 3-5; en el mismo sentido Connelly, Thomas John y Valderrama Hoyl, Pablo, "Respuesta a un consulta sobre La Delación Compensada en el Sistema Judicial Norteamericano", [en línea], en Serie estudios / Biblioteca del Congreso Nacional. (Santiago, Chile). Vol.2 (abr.1993), p.10-14, disponible en web: http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/ladesola.htm.

cometer alguno de los delitos contemplados en la misma ley (Arts. 5a), 5b) y letras c), e) y g) del Art. 6), siempre que la denuncia lleve a la comprobación del hecho, a la individualización de los culpables y a la frustración de sus propósitos.

- La ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, contemplaba esta figura como atenuante de la responsabilidad penal, en su Art. 33³⁶⁹. Actualmente, la ley N° 20.000 de 16 de febrero de 2005, que sustituye la ley N° 19.366; contempla en su Título I, párrafo 2°, denominado “De la cooperación eficaz” el Art. 22, que actualmente regula esta figura. Este artículo establece la cooperación eficaz como atenuante de la responsabilidad penal, cuando conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad comprendidos en esta ley. Faculta al tribunal para rebajar la pena hasta en dos grados³⁷⁰. Mantiene la definición de cooperación eficaz como el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero. Deja en manos del Ministerio Público expresar si la cooperación del imputado ha sido eficaz y faculta a fiscales que investiguen otro hecho ilícito, a solicitar fundadamente el conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz. Finalmente el artículo establece que la reducción de la pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal o su compensación. Lo relativo a las medidas de protección queda entregado al Título III, párrafo 2° de la misma ley que establece medidas de protección comunes a testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y al cooperador eficaz.

³⁶⁹ El antiguo Art. 33, establecía como atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz con la autoridad administrativa, policial o judicial que conduzca a la determinación del cuerpo del delito o de sus autores, cómplices o encubridores, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad de los contemplados en dicha ley. El juez estaba facultado para reducir la pena hasta en dos grados. En su inciso segundo definía la cooperación eficaz como el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan al esclarecimiento aludido. También esta ley regulaba el procedimiento a través del cual se impetraba este beneficio y las medidas que pudieran adoptarse para proteger al cooperador eficaz. Por medio del Art. 4 de la ley N° 19806 de 31 de mayo de 2002, se modificó esta figura, derogando la mención de la autoridad administrativa policial o judicial, y dejando al Ministerio Público la circunstancia de expresar si la cooperación ha sido eficaz. Elimina los incisos cuarto y sexto al décimo del Art. 33 y crea los Arts. 33A-F, donde regula las medidas de protección para el cooperador eficaz y para testigos, informantes y agentes encubiertos.

³⁷⁰ En su inciso tercero señala que la pena podrá rebajarse hasta en tres grados en caso de los que se asociaren u organizaren para cometer los delitos contemplados en dicha ley.

- Por otro lado, existió una ley destinada expresamente a crear esta figura, la ley N° 19.172 sobre Arrepentimiento Eficaz, modificada por la ley N° 19.183. Dicha ley estuvo vigente desde el año 1992 hasta noviembre del año 1996, por aplicación del Art. 6° del mismo precepto legal. Durante dicho período el arrepentimiento eficaz de la ley N° 18.314, permaneció suspendido. Contemplaba dos hipótesis. La primera eximía de pena; la segunda permitía que el Juez la rebajara hasta en dos grados. La exención de pena procedía en caso de asociación ilícita que tuviera por objeto la comisión de delitos que debían calificarse como terroristas. La rebaja de pena procedía en los demás casos. Esta ley sirvió de base o apoyo a la llamada cooperación eficaz de la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes³⁷¹.

Del análisis de las normas nacionales que actualmente lo establecen, entendemos el **arrepentimiento eficaz** como un mecanismo en virtud del cual, si la persona que incurrió en una conducta ilícita y es investigada por ello, suministra datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que conduzcan al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad comprendidos en esta ley; podrá obtener como beneficio una rebaja en la pena³⁷².

Ahora bien, los proponentes de los tres proyectos de 1994 establecen esta figura como una atenuante de la responsabilidad penal para la mujer y la fundan en la idea de disminuir la comisión del delito de aborto por la vía de un incentivo a las denuncias. El proyecto patrocinado por Espina y otros, funda la incorporación de esta figura, para incentivar las denuncias y denunciar a las organizaciones ilícitas que existen para cometer el delito.

El proyecto de Paya estima que este incentivo es necesario, por las características especiales en que se produce un aborto, donde el hecho es conocido por un número muy reducido de personas, y como las sanciones son muy drásticas, se impide que cualquiera de ellos contribuya con su testimonio a la sanción de los responsables. Agrega que la impunidad es muy fácil de lograr pues el sujeto pasivo de este delito no puede hacer denuncias. Plantea que “(...) el

³⁷¹ Ruis Pulido, Guillermo, “Breve ensayo sobre cooperación eficaz”, *Gaceta Jurídica*, Santiago, (227):16, mayo 1999..

³⁷² Basado en el concepto entregado por Lillo Traverso, Valeria Francesca. “Estudio jurídico, dogmático y jurisprudencial de la cooperación eficaz y el arrepentimiento eficaz en la legislación chilena”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2004.

sistema de arrepentimiento eficaz propuesto abre un cauce para que el genuino arrepentimiento que normalmente se produce en la mujer que se ha practicado un aborto, pueda ser expresado y conducir a la condena de quiénes efectúan dichos abortos a cambio de dinero (...)”³⁷³. El proyecto de Larraín, propone la figura como un sistema que incentive la denuncia oportuna y efectiva de prácticas abortivas, especialmente de aquellas que se llevan a cabo por terceros con fines de lucro. El último proyecto, patrocinado por la diputada Cubillos el año 2002, plantea que en el aborto existen dos víctimas: el feto y la mujer. Considerando a la mujer como víctima se proponen dos medidas a su beneficio como son el establecimiento del arrepentimiento eficaz, pero esta vez como eximente de la responsabilidad penal, y la conmutación de la pena por el juez. Esta concepción viene a reforzar la idea anterior respecto de los terceros que lucran con esta actividad, pues la mujer que se somete a ellos podrá en cualquier momento arrepentirse y denunciarlos con lo que no quedaría afecta a pena alguna. El proyecto además define la cooperación eficaz como “el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento aludido [determinar el cuerpo del delito, sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto]”³⁷⁴. Observamos que el proyecto no hace más que transcribir la definición contenida en el antiguo Art. 33 de la ley N° 19.366. Como un punto importante, y relacionado con la frase citada de Darío Paya en el párrafo anterior, es necesario mencionar que cuando Larraín presentó su proyecto al Senado, señaló las consecuencias psicológicas que un aborto provoca en la mujer y estimó que ayudar a la sanción de los responsables podría ser una buena medida de terapia ante el dolor provocado por la realización del aborto. Esto último es importante analizarlo a la luz del llamado “síndrome post-aborto”, pues podemos observar que ya a nivel legislativo se ha utilizado este argumento para fundamentar una condena al aborto y una mayor penalidad³⁷⁵.

³⁷³ En los considerandos del proyecto de Darío Paya. Ver sección Anexos V.1 letra C).

³⁷⁴ Art. 394C inciso 3° del proyecto de Marcela Cubillos. Ver sección Anexos V.1 letra E).

³⁷⁵ “(...) La expresión Síndrome Post Aborto, nace en Estados Unidos en la década del setenta, con un tratamiento formal en los ochenta. Para quienes afirman la existencia del mismo, es una patología psicológica que afecta a la mujer que aborta e, incluso en ocasiones, a sus familiares y al personal médico interviniente. En los hechos, la difusión de la existencia de este síndrome ha sido utilizado como una estrategia de los grupos “pro.vida” estadounidenses frente a la imposibilidad de mantener el aborto como una opción ilícita y con el fin de restringir, en lo posible, su acceso (...) El Síndrome de Stress Post-Traumático se sufre una vez que la persona se ha enfrentado a una situación-trauma, es decir, fuera de los rangos usuales de la experiencia humana, sorpresivo e involuntario. Desde una perspectiva médica no tiene sentido suponer al aborto dentro de este rango, considerando que se practica, en su mayoría en forma

Podemos señalar como características de la figura que se pretendió establecer con estas iniciativas legales, las siguientes:

1. Establece una rebaja de hasta dos grados en la pena. En el proyecto de Cubillos se establece como eximente.
2. Beneficia a la mujer que colabore con la autoridad.
3. Esta colaboración debe servir eficazmente al fin que plantean, ya sea, individualizar y detener a los responsables del delito; impedir la perpetración del delito de aborto y perseguir a las personas que hubieren incurrido en ellos; determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la consumación del delito de aborto.
4. Su objetivo es incentivar las denuncias, para así acabar con las personas u organizaciones que lucran con el aborto.
5. Lleva implícita la idea de arrepentimiento de la mujer, pues se sostiene que con ello expresará a su arrepentimiento natural, o bien la denuncia servirá como terapia para el dolor provocado por el aborto.
6. No tiene plazo de vigencia establecido. Se busca implementarla con carácter permanente.

Sin duda es una innovación en esta materia, pero creemos que subsisten los reparos que dicha figura jurídica ha generado a lo largo de su existencia. La experiencia comparada refleja su carácter excepcional y transitorio y el hecho de que no haya sido establecida con carácter general, parece mostrar dudas en cuanto a su constitucionalidad y respeto por los derechos de las personas y por el ordenamiento jurídico en general. Entre los reparos encontramos los siguientes:

- Atenta contra el criterio de que la ley debe aplicarse y el principio de igualdad ante la ley. Quien colabora recibe un tratamiento privilegiado, especial o excepcional, lo que genera inconsecuencias como que “(...) los cabecillas, sabiendo más que los de menor rango dentro de su grupo terrorista, podrán acceder a mayores rebajas de la pena (o hasta exención), mientras sus cómplices, sabiendo menos o nada útil sufrirán todo el rigor de

voluntaria, no sorpresiva y dentro de una cotidianeidad social(...).” En Dughman, Sandra y Paiva, Marcela, “Síndrome post aborto: La destrucción de un Mito”, Ensayo Ganador Concurso de ensayos sobre derechos de las humanas 2003-2004, Casa de la Mujer La Morada, Santiago Chile, 2004, págs. 85-108; “Los grupos opuestos al derecho de la mujeres al aborto han insistido en la existencia de un llamado síndrome traumático del aborto, pero un cuidadoso análisis de los datos lleva a la conclusión de que esta afección es más un mito que una realidad” en Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, op cit., pág. 68;

la ley (...)”³⁷⁶. Lo anterior no afecta la consideración de la figura como una atenuante normada, dentro de la flexibilidad que tiene la ley para la consideración de atenuantes y agravantes. Pero esta flexibilidad no resiste la exención o remisión total de la pena, ya que en esos casos la ley quedaría desvirtuada. En el caso del aborto, si bien es entendible (y así parece serlo para los proponentes) establecer una atenuación de la pena, por las circunstancias que rodean la decisión de abortar, nominalmente no se justifica un tratamiento diferente para abortantes o aborteros, sobre todo considerando que actualmente la pena de la figura básica que afecta a terceros es menor que la de la abortante.

- La colaboración del Estado con los criminales se considera inmoral. El Estado autoriza la traición entre criminales. La figura en comento amplía tanto el concepto de atenuante que lo altera radicalmente, pasa de ser una circunstancia que disminuiría la gravedad del delito a ser una colaboración activa o negociada del inculpado con el tribunal condicionada a su eficacia, “(...) el Estado incorporaría, en su atribución de sancionar el delito, precisamente a quienes lo cometen, premiando dicha incorporación con rebajas o con exención de pena (...)”³⁷⁷. Esta situación se justificaría considerando el arrepentimiento del inculpado, o en un ámbito de reinserción social considerar su colaboración como un factor de rehabilitación, pero en ambos casos es dudoso que su colaboración obedezca sólo a esos objetivos y no este matizada con la posibilidad de obtener un beneficio como es la oportunidad de verse libre de pena. En el caso de la figura propuesta en los proyectos, a nuestro juicio es claro que los proponentes consideran que se va a producir en la mujer efectivamente un arrepentimiento por la conducta realizada, y que en ese sentido y por las circunstancias que la llevaron a esa decisión, ella también va a ser una víctima, con lo que está plenamente justificado ayudar a esa mujer, premiándola con rebaja o exención de pena. Pero sugerir que la mujer, realizando una actitud positiva va a demostrar su arrepentimiento por el aborto que se realizó nos parece una conclusión excesivamente simple. Es más, ante todo los problemas producidos por el embarazo no deseado, el aborto y la posterior persecución penal, una mujer puede colaborar con la justicia a fin de obtener el beneficio, pero eso no asegura su arrepentimiento, ni legitima la actuación del Estado.

³⁷⁶

Connelly, Thomas John, op. cit., pág. 14.

³⁷⁷

Connelly, Thomas John, op. cit., pág. 15.

- Desde un punto de vista procesal penal, no se condice con un sistema moderno de carácter acusatorio. Así, en caso de aplicar esta figura no primará la igualdad de las partes procesales, sino que los beneficios establecidos para el inculcado por el mérito acusatorio en lugar de defensivo de su interrogatorio, romperán el triangulo del moderno proceso penal, transformando el interrogatorio en medio inquisitorial y de adquisición de pruebas; eliminando el contradictorio lo que puede comprometer la falsificación de acusaciones³⁷⁸. Transformar al imputado en fuente de prueba crea riesgos como el hecho de que puede agigantar datos o involucrar a personas extrañas. Además entre las medidas de protección para el inculcado que colabore podría establecerse que las personas a quienes delate no conozcan la fuente de la acusación, lo que atenta contra la publicidad del sistema procesal³⁷⁹. Los proyectos de Espina y otros de 1994 y Paya de 1994 mencionan algunas medidas de protección, como proteger la identidad física de la arrepentida y mantener en reserva su identidad; establecer que todas las actuaciones serán secretas y se estamparán en un libro especial bajo custodia del secretario del tribunal. Los proyectos de Larraín de 1994 y de Cubillos de 2002, no mencionan ninguna medida a ese respecto.
- La ley que establece la figura debe ser eficaz. “(...) La validez ética o su carácter moral reside, en parte esencial, en su eficacia, especialmente al tratarse de derechos ampliamente reconocidos (...)”³⁸⁰. Se requiere un estudio que determine la eficacia o ineficacia de una norma de este carácter, sin embargo, previo a ello podemos reconocer que en el caso del aborto su eficacia será relativa, dado el perfil de los aborteros detectados por el sistema penal (mayormente mujeres, mayores de 50 años, de bajo nivel educacional, la mayoría con uno o más hijos, con actividad remunerada, etc.) y las características de las abortantes (mujeres pobres entre 18 y 29 años, de bajo nivel educacional, con uno o más hijos, sin o en malas condiciones de trabajo, etc.)³⁸¹.
- Por último dado que el presupuesto de hecho necesario para que el arrepentimiento eficaz opere, es la confesión de uno de los miembros de la organización, “(...) surge una similitud con otra institución procesal de frecuente uso en tiempos no tan pretéritos (sin perjuicio de supervivencia en la práctica policial), *la tortura*; es decir, en el

³⁷⁸ Connelly, Thomas John, op. cit., pág. 15-16

³⁷⁹ Ibi dem.

³⁸⁰ Connelly, Thomas John, op. cit., pág. 17.

³⁸¹ Casas, Lidia, “Mujeres encarceladas por aborto”, op. cit., págs. 1-32.

arrepentimiento eficaz se propicia la obtención de la confesión con el premio, lo que ayer judicialmente se buscaba lograr a través del dolor (...)³⁸². Este punto es muy interesante a la luz del problema del aborto. En este caso la confesante, la arrepentida, la criminal, es una mujer, que producto de un sinnúmero de circunstancias, está en posición de aportar datos que contribuyan a perseguir y sancionar a otros criminales. Pero no hay que olvidar que son muchos los matices del dolor que puede sufrir o no una mujer por el aborto y estimamos que no existe una relación directa entre ayudar a atrapar a quienes le practicaron el aborto y superar un proceso de duelo con motivo de una pérdida que se da con un fuerte rechazo social, siendo sancionada por el sistema penal y carcelario y habiendo sufrido consecuencias médicas graves. Además, muchas veces quienes están involucrados en el aborto lo hacen para ayudar a la mujer y se trata de personas cercanas a ella (familiares, vecinos, etc.).

Por todos los reparos mencionados, y dado que en el caso del aborto no se producen las situaciones extremas que se dan en el caso del terrorismo o incluso del narcotráfico, es al menos cuestionable su conveniencia en esta materia

c) Establecimiento de penas pecuniarias.

Según el profesor Cury, son aquellas que afectan al patrimonio del condenado. Nuestro ordenamiento jurídico contempla cuatro tipos de penas pecuniarias: multa, comiso, caución y confiscación.

Las penas propuestas en los proyectos son principalmente dos: multa y comiso. La multa es la pena pecuniaria por excelencia y consiste en obligar al condenado al pago de una suma de dinero, opera como pena de crímenes, simples delitos y faltas y también como sanción residual (es inferior a la última en todas las escalas graduales Art. 60 inc. 1º CP). En cuanto al comiso, según se desprende del Art. 31 del CP, consiste en la pérdida de los efectos que provengan del delito (productos de la acción punible: dinero obtenido como pago por el servicio, por ejemplo.) y de los instrumentos con que se ejecutó (medios materiales de que se sirvió el autor para llevara a cabo, sondas, cánulas, etc.).

382

Marzi Rivera, Hugo, “Algunas consideraciones negativas acerca del arrepentimiento eficaz”, Gaceta Jurídica, Santiago, (147):17, septiembre 1992.

También opera como pena de crímenes, simples delitos y faltas³⁸³. La multa es propuesta por los proyectos de Paya de 1994, Larraín de 1994 y Cubillos de 2002. El comiso sin embargo, sólo es propuesto por Paya y Larraín, lo interesante es que ambos proponen el comiso de bienes muebles e inmuebles, cuando el regulado por el CP la doctrina y la práctica han entendido que se aplica solamente a muebles³⁸⁴. En la discusión en la Comisión de Constitución del proyecto de Larraín, éste último presentó una indicación a fin de especificar que el comiso recaería sólo sobre bienes muebles y dineros, suprimiendo la referencia a los inmuebles. Al analizar en detalle el artículo, la Comisión estimo que esa situación ya estaba suficientemente reglada en el Art. 31 del CP, aplicable a todo crimen o simple delito, por lo que no era necesario incluirla en una normativa especial, con lo que se desechó la indicación propuesta por Larraín.

Los principales fundamentos dados por todos los proponentes para establecer las penas pecuniarias, dicen relación con el efecto de desincentivo a la comisión de abortos por parte de terceros. Buscan que debido a lo alto de su costo, el aborto se transforme en un mal negocio para quienes lucran con el, y así se desincentive su realización. En general no existen mayores críticas a este respecto, salvo la importante consideración ya explicada de que si con esto se pretende (junto con el aumento en las penas privativas de libertad) aumentar los costos de realizarse un aborto a quien en definitiva se afecta, es a las mujeres de escasos recursos que se los efectúan, pues cada vez tendrán acceso a abortos menos seguros, lo que genera la consecuente discriminación.

d) Traslado del aborto al párrafo del CP que contiene los delitos contra las personas.

En cuanto a su consideración de persona los proyectos de Paya y Larraín de 1994 y el proyecto de Cubillos del año 2002, consideran que el feto tiene vida desde la concepción, y que como tal es persona y debe ser protegido en la parte del CP que regule los delitos contra las personas. Esta consideración, atendida toda la argumentación anterior acerca del inicio de la vida y el status del feto es plenamente coherente. Sin embargo, si bien (y así lo dicen los proyectos) la mayoría de la doctrina penal plantea el cambio de párrafo, esta se apoya principalmente en el segundo argumento aducido por los proponentes, en el sentido de que el bien jurídico protegido claramente no es la familia y la moralidad pública.

³⁸³ Cury, op. cit. Tomo II, págs., 372-379.

³⁸⁴ Cury op. cit., Tomo II, pág., 374.

Como sabemos, en la doctrina penal los delitos se agrupan en torno al bien jurídico protegido. En el caso del aborto no se protege la familia ni moralidad pública, por lo que se dice que debe ubicarse entre los delitos contra las personas que es donde más lógicamente cabría. Sin embargo no es así de fácil plantear esta solución. En primer lugar, el CP no habla de “crímenes y simples delitos contra la Vida”, sino “contra las personas”, pero ¿es el feto una persona? La pregunta no es si el feto tiene vida; aún asumiendo que tiene una vida potencial, pero ello no significa que sea persona. A este respecto existen interesantes planteamientos ya analizados.

Lo importante es dejar en claro que asumir que el feto tiene vida no significa admitir que es persona, lo que se vuelve importante respecto de algunos efectos penales que implica el cambio de párrafo, como es la posibilidad de admitir las hipótesis culposas que contemplan los Arts. 490 y siguientes del CP.

Lo que se podría hacer de *lege ferenda*, es reformar el CP y reunir los delitos que atentan contra la vida en un solo título, como es en algunos códigos en derecho comparado³⁸⁵.

e) Eliminación de la figura del aborto honoris causa.

Los proyectos de Paya de 1994 y el proyecto de Cubillos del 2002 proponen abolir esta figura, principalmente aduciendo que es una figura obsoleta dado el avance de la sociedad que ya no considera como un atentado contra la honra de una mujer el mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio, pero principalmente porque consideran que no se puede discutir que el derecho a la vida prima sobre el derecho al honor. La figura misma del aborto honoris causa es un atentado contra la vida del feto, al permitir atenuar la pena a la mujer por dicha circunstancia³⁸⁶. Como desarrollamos anteriormente, la doctrina considera esta figura como una circunstancia atenuante especial, personal e incommunicable a terceros, basada en la reacción social por la conducta sexual de la mujer³⁸⁷. Las atenuantes forman parte de las circunstancias

³⁸⁵ El CP Alemán, contempla la interrupción del embarazo en la Parte especial, Sección Decimosexta “Hechos punibles contra la vida”, artículos § 218, § 218a, § 218b, § 218c, § 219, § 219a, § 219b. Código Penal Alemán de 15 de mayo de 1871 con la reforma de 31 de enero de 1998 traducido por Claudia López Díaz de la versión publicada bajo el título Strafesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998, [en línea]. Disponible en Web <http://www.unifr.ch/derechopenal/ley.htm>.; El Código Penal de la República Argentina trata el aborto en el Libro II “De lo delitos”, Título I “De los delitos contra las personas”, Capítulo I “Delitos contra la vida”, artículos 86 a 88. [en línea] Disponible en Web http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/cp_argentina.htm.

³⁸⁶ En los considerandos del proyecto de Darío Paya. Ver sección Anexos V.1 letra C).

³⁸⁷ Ver III.3.1 letra e) n° ii).

modificadorias de la responsabilidad penal³⁸⁸, las que no afectan a la existencia misma del hecho punible, son accidentales al delito y se limitan a circundarlo, sin alterar su esencia³⁸⁹. Impresiona en este punto, que la argumentación de los patrocinantes desvirtuaría toda atenuante a la pena establecida para el delito de aborto, pues ninguna soportaría la situación descrita. Por otro lado, hay que considerar una situación muy particular, ya que los jueces aplican la atenuante del 344 inc. 2º, aún cuando no haya sido alegada por la defensa, como una forma de atenuar la pena impuesta a la mujer “(...) la jurisprudencia, en general, ha sido uniforme en otorgar la atenuante del aborto honoris causa, aún en aquellos casos en que no exista procesalmente, ni en la realidad una cuestión de deshonra. Pareciera que la atenuante es utilizada como una forma de atenuar genéricamente la pena (...)”³⁹⁰. La situación descrita denota que se utiliza en la práctica esta atenuante para la mujer, con lo que se producirá el efecto de disminución de la pena, lo que en definitiva hará aplicable las medidas alternativas que le permitirán no cumplir pena de prisión.

f) Otorga mayores facultades a las fuerzas de orden y seguridad pública.

El proyecto de Espina y otros de 1994, propone en su artículo segundo lo siguiente:

Artículo Segundo: Sustitúyese en el inciso 4º del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, su oración inicial por la siguiente: “tratándose de delitos de hurto o robo, del delito de aborto o de delitos contra las personas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 156 y en el artículo 260”.

La frase inicial de esta norma fue modificada por el Art. 2º de la ley N° 19.393, publicada en el diario oficial el día 22 de junio de 1995. El texto actual del inciso 4º del Art. 83 del CPP es el siguiente: “Tratándose de delitos contra las personas, aborto, robo, hurto y de los contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar

³⁸⁸ “Por circunstancias modificadorias de la responsabilidad penal se entiende un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”, en Cury, Enrique, op. cit., pág. 99.

³⁸⁹ Cury, Enrique, op. cit., págs. 99-101.

³⁹⁰ Casas, Lidia y Chaimovich, Claudia, op. cit., pág. 24.

de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el Art. 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 260. Las diligencias que debieren practicarse en recinto cerrado, sólo se podrán realizar con autorización previa y expresa del propietario, arrendatario o persona a cuyo cargo esté el local en que deban efectuarse. El parte al tribunal en que se consigne la denuncia, deberá detallar las diligencias efectuadas y, en caso contrario, las razones por las cuales no se hicieron”.

g) Corrige errores de texto en las normas actuales para facilitar la sanción.

El proyecto de Darío Paya del año 1994, propone la eliminación de la expresión “abusando de su oficio” en el Art. 345 y de la palabra “maliciosamente” en el inciso primero del Art. 342. En cuanto a lo primero, Darío Paya considera que se debe acreditar para el caso del facultativo, el “abuso de oficio”, elemento de por sí difuso y subjetivo. Agrega que es necesario eliminarlo para mantener la coherencia con el actual Art. 119 del CS, demostrando su postura absolutamente contraria al aborto terapéutico, así como a cualquier tipo de aborto inducido, lo que según su concepción, estaría amparado por la legislación nacional. En cuanto a la eliminación de la palabra “maliciosamente”, para Darío Paya la exigencia de la “malicia” ha sido mayoritariamente interpretada como una exigencia de dolo directo, lo que ha dejado en la impunidad los casos de dolo eventual, situación que con su proposición quiere revertir.

Como vimos, al hablar de las figuras de aborto existen dos posturas para el alcance de la palabra “maliciosamente”. La idea de Paya concuerda con la teoría de Etcheberry a este respecto, y además, en su proyecto propone cambiar de párrafo el delito de aborto y colocarlo entre los delitos contra las personas, con lo que hace aplicables las hipótesis de culpa. De estas dos expresiones y sus efectos efectuamos un análisis en partes anteriores de este trabajo³⁹¹.

h) Establece a juicio del juez la conmutación de la pena en beneficio de la mujer.

El proyecto de Marcela Cubillos del año 2002, considera que cada vez que ocurre un aborto hay dos víctimas: el feto y la madre, por las circunstancias que llevan a esta última a abortar. Pese a ello y aunque sostienen que el reproche penal no es el camino para resolver esa

³⁹¹ Respecto del aborto terapéutico ver infra III.2; respecto de las figuras de aborto en el CP ver infra III.3.1 letra e).

realidad, lo mantienen por el respeto que debe darse a la vida. Tomando en cuenta esa realidad, es que el proyecto establece la figura del arrepentimiento eficaz como eximente, cuestión ya debatida, pero además “(...) facilita, frente a la no concurrencia de tal hipótesis (arrepentimiento eficaz) que el juez pueda siempre conmutar la pena privativa de libertad, impuesta a la mujer, por la realización de trabajos determinados a favor de la comunidad, los que sin duda ayudarán con mayor eficacia a la rehabilitación de la misma en torno a la vida (...)”³⁹². La norma propuesta establece:

Art. 394 C.- La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Con todo, el juez una vez ejecutoriada la sentencia y en atención a su arrepentimiento y compromiso rehabilitador podrá conmutar siempre la pena por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad. La resolución que conmute la pena deberá señalar la naturaleza del trabajo a desempeñar, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento, se preferirá siempre a las instituciones que tengan una clara identificación a favor de la vida del que está por nacer. Se intentará siempre hacer compatible esta conmutación de la pena con la jornada laboral de la condenada, dándose preferencia a fines de semana y festivos para efectuar el trabajo comunitario. El incumplimiento de estas obligaciones hará exigible la sanción originalmente impuesta por el solo ministerio de la ley.

Hay dos consideraciones importantes en esta proposición:

- 1.- Requiere el arrepentimiento y compromiso rehabilitador de la mujer.
- 2.- Se preferirá como instituciones en las que la mujer lleve a cabo los trabajos, aquellas que tengan una clara identificación a favor de la vida del que está por nacer.

Esta figura parece fundarse en el planteamiento de que la mujer que se realiza un aborto padece una enfermedad siquiátrica denominada Síndrome Post Aborto. Esta figura ha sido posicionada por movimientos pro vida, que la han entendido como el efecto que resulta del aborto al destruir el vínculo natural entre padres e hijos, quedando ambos con una sensación de vacío. En la mujer se crearía una situación de conflicto entre su papel de madre y el papel que desempeña en la destrucción de la vida de su niño no nacido. Generalmente, esta situación de conflicto se acompaña de la vivencia de un difícil desarrollo del duelo. Para superar esta

³⁹² En los considerandos del proyecto de Marcela Cubillos y otros. Ver sección Anexos V.1 letra E).

situación se considera necesario vivir el proceso de duelo correctamente, donde el arrepentimiento y efectuar actitudes positivas que disminuyan la sensación de culpa serían importantes³⁹³. La existencia de este síndrome como tal es controvertida, hay autores que sostiene que no existe sino que es otra forma de argumentar en contra del aborto³⁹⁴.

El proyecto considera a la mujer como víctima, lo que en parte parece atribuir a la norma propuesta el fundamento desarrollado en el párrafo anterior. Sin embargo, del tenor literal y de los considerandos nos parece que la norma no está exenta de reproche ejemplificador, pues propone que la mujer realice labores en instituciones pro vida, lo que mantendrá constantemente presente para ella la conducta realizada y de ninguna manera asegura que en todos los casos le ayude a superar la experiencia vivida.

³⁹³ Bennett N. Verónica. Universidad de Santiago de Chile y Schnake Ferrer, Christian Universidad del Desarrollo, “Síndrome Del Post-Aborto (SPA)”, [en línea], disponible en web: <http://www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-schnake01.htm>

³⁹⁴ Sobre controversia de la existencia del Síndrome Post-Aborto, ver nota 375.

IV. CONCLUSIONES

El aborto es un problema constante en la realidad chilena. Ha sido indicado como un problema de salud pública (consiste en la segunda causa de mortalidad materna³⁹⁵); pese a su prohibición absoluta se practican alrededor de 150 mil abortos anuales³⁹⁶; debido a esta prohibición las condiciones en que muchas mujeres se practican abortos son inseguras, además de que se presta para abusos, debido a los altos costos que implica esta intervención (en condiciones más seguras) en clínicas clandestinas³⁹⁷.

A nivel político, el tema del aborto ha surgido únicamente cuando, alguna situación que lo involucra, adquiere relevancia a nivel de los medios de comunicación social. Es así con los casos de madres embarazadas con patologías que ponen en riesgo su vida o afectan su salud, los descubrimientos de clínicas abortivas clandestinas, o algún evento internacional en que el país deba pronunciarse al respecto, como vimos al revisar el contexto de los proyectos analizados.

Desde el año 1991 hasta hoy, de los seis proyectos presentados al Congreso Nacional, hay tres archivados sin haber tenido discusión alguna, uno que fue objeto de discusión parlamentaria en el año 1996 y finalmente rechazado y existen dos actualmente en trámite, estancados en la Comisión de Salud de la Cámara. En el tema valorativo que rodea al aborto, existen puntos intransables entre los distintos partidos políticos que conforman las coaliciones, lo que hace que no se discuta el tema a fin de no quebrantar los lazos políticos. De la situación antes descrita y de las entrevistas que realizamos a Marcela Cubillos y Adriana Muñoz (patrocinantes de los proyectos en trámite) percibimos el escaso interés de la política contingente por tomar en cuenta e interesarse por el problema del aborto, lo que a su vez indica la inconveniencia, molestia y mala publicidad que genera para un político pronunciarse sobre el tema (sobre todo en período de campaña) por el castigo político en que se puede traducir. En la discusión del proyecto de Larraín en 1994, lo que podemos observar es que la mayoría de los senadores se manifestaron en contra del aborto, pero algunos plantearon su opinión admitiendo una limitación del derecho a la vida en ciertas circunstancias, sin pronunciarse sobre el tema de

³⁹⁵ Ministerio de Salud de Chile, op.cit.

³⁹⁶ Alan Gutmacher Institute, "Issues...", op.cit.

³⁹⁷ "Senador Larraín propone aumentar penas por aborto", El Mercurio, Santiago, 26 de julio de 1994, pág. C4.

fondo. Adriana Muñoz, al presentar su proyecto en 1994 fue objeto de una campaña destinada a signarla como pro abortista que finalmente le costó la elección. Sin embargo ella nunca se manifestó a favor del aborto, “(...) yo no soy partidaria del aborto como mecanismo para regular la natalidad. No soy partidaria del aborto, porque tengo la profunda convicción de que hay vida y que es terrible tener que interrumpirla (...)”³⁹⁸. Lo que su proyecto pretendía, era reponer una figura tradicional en nuestro derecho que privilegiaba el derecho a la vida de la madre, como sujeto de derechos humanos. Así las cosas, el nivel de debate es precario, ya que se traduce en una discusión de posiciones valóricas muy sectorizadas a fin de establecerlas como leyes, sin tomar en cuenta la diversidad de vivencias imperantes en nuestra sociedad.

Todo lo expuesto redundaría en que pese al problema social que significa el aborto, no existe un interés serio en los parlamentarios destinado a obtener una solución. Si bien, el poder legislativo no es el único destinado resolver esta situación, estimamos que debe hacerse cargo de la parte que le corresponda a fin de proteger los intereses de las personas a las que sus miembros representan.

Una primera consideración en el análisis jurídico es la del mandato constitucional y, en este caso en particular, por el derecho a la vida que consagra. Como vimos, el texto constitucional se ha interpretado en doctrina de distintas maneras, ya sea negando toda posibilidad de atentar a la vida por medio del aborto; o señalando que la norma constitucional prohibiría el aborto en general, pero lo admitiría en ciertos casos especiales que el legislador debería determinar. De acuerdo al análisis efectuado en este trabajo, creemos en definitiva que el problema central al tratar el tema del aborto en relación a la Constitución es determinar si el derecho a la vida admite contrapeso o salvedades al colisionar con otros derechos. De acuerdo a lo que vimos en el desarrollo del trabajo existirían dos posiciones. Una que establece una jerarquía de derechos fundamentales de acuerdo al orden del artículo N° 19 de la CPR y otra que considera que no existe tal jerarquía, y que en el caso de producirse un conflicto de estos, se debe resolver ponderando a favor del derecho, que de acuerdo a las condiciones especiales del caso en cuestión, corresponda aplicar. En el caso del aborto, si consideramos como absoluto el derecho a la vida del feto, sin excepción alguna, no hay cabida para este en nuestro

³⁹⁸

Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, Congreso Nacional, Valparaíso.

ordenamiento jurídico. Por el contrario si entendemos que existen derechos o intereses que puedan tener mayor relevancia en un caso concreto de ponderación, podríamos aceptar la ocurrencia del aborto, pero con limitantes. Los derechos de la mujer embarazada no pueden verse completamente limitados por el sólo hecho de tener una vida dependiente en ella, el derecho a la vida del feto no autoriza una imposición que vulnere derechos de la madre, mas allá de lo que normalmente exige el ordenamiento jurídico a las personas. En derecho comparado, encontramos ejemplos que han llevado a la despenalización del aborto, como, la indicación terapéutica, la eugénica, la ética, la indicación socioeconómica e incluso en el caso de enfermedades psicológicas. Estos ejemplos muestran la preeminencia de algunos intereses de la mujer englobados hoy dentro de su derecho a la autonomía sexual y reproductiva, que han sido considerados como preeminentes, en determinadas circunstancias, al derecho a la vida del feto. En suma, de acuerdo a los argumentos doctrinarios analizados en el ámbito constitucional, nuestra opinión es que no existe una prohibición absoluta para regular el aborto a través del legislador.

La interacción entre los grupos sociales es dinámica, por lo que una primacía cambiante de intereses y prioridades es parte del proceso histórico del ser humano. La historia misma es una muestra clara de la función del derecho como reflejo del momento en que se crea. Percibidos estos procesos, es que podemos entender un predominio de ciertos intereses por sobre otros, lo que es variable a través del tiempo. El tratamiento penal del aborto en Chile data de 1874 y la regulación sanitaria del aborto terapéutico fue establecida en 1931 (y derogada en 1989), por lo que es lógico reformular las normas que los regulan, si ya no obedecen a los principios existentes al momento de su dictación.

La situación de la mujer chilena no es la misma que hace 132 u 85 años atrás. Producto de este nuevo orden de cosas, ha surgido la regulación legal de temas como la violencia intrafamiliar, acoso sexual, normas laborales y divorcio. El rol de la mujer hoy, no se centra sólo en la maternidad. Sin embargo, estas iniciativas pretenden hacer más rígida la institución en materia penal y en el aborto terapéutico sólo proponen reponer la misma regulación vigente desde 1931, pasando por alto esta nueva situación. Aún más, algunos de estos proyectos pretenden establecer a Chile como un baluarte de principios morales tradicionales que no acogen a toda la sociedad en su contexto actual.

Los proyectos de Muñoz y otros, presentados en 1991 y 2003, proponen la reposición de la figura del aborto terapéutico. Sin embargo, es válido preguntarse qué es lo que proponen con dicha iniciativa. La patrocinante de esta iniciativa señala que es tan sólo defender la vida de la madre en riesgo, pero de acuerdo a todas las tendencias estudiadas, la mayoría entiende como lícita la intervención médica que busca salvar la vida de la madre sin otro fin y que como efecto colateral provoca la muerte del feto. Lo anterior sin necesidad de norma alguna que lo establezca expresamente, pese a la certeza médica y jurídica que una norma de este tipo aportaría. En el análisis crítico, pudimos apreciar que el aborto terapéutico, entendido en un concepto restringido que sólo abarque el riesgo a la vida de la madre, está siempre amparado por nuestro ordenamiento jurídico. Pese a esto, y dada la prohibición legal actualmente vigente, no es seguro que los profesionales de la salud realicen esta intervención por el temor a ser objeto de acciones legales lo que, por ejemplo, estaría refrendado por las normas del nuevo Código de Ética del Colegio Médico, ya analizadas.

Quizás el verdadero problema y la dificultad para la aprobación de estos proyectos, consiste en el temor de los sectores conservadores de que al establecer una norma que no restrinja el concepto de aborto terapéutico a los casos mencionados, este tipo de aborto se convierta en el principio de la liberalización de esta figura. Aquí es importante el tema de que no existe concepto legal de aborto terapéutico, ni se propone establecerlo, y que médicamente éste incluye los riesgos a la salud de la madre. El concepto de salud, como explicamos, es amplio y es desde aquí que surge el temor de que con el aborto terapéutico se abarquen más hipótesis que las justificadas por la teoría del doble efecto. En Chile, hubo una experiencia de interpretación extensiva de la norma derogada que llevó incluso a abarcar consideraciones socio-económicas para realizar esta intervención, al considerarse estas condiciones como de riesgo para la madre³⁹⁹. Por lo tanto, no es tan ajena a nuestra realidad la posibilidad de extender los fines terapéuticos a situaciones contrarias a la postura valórica más conservadora, que es justamente lo que se teme por los sectores conservadores. Jurídicamente y por el análisis constitucional, la CPR permitiría esta interpretación. A la luz de lo anterior, la prohibición contenida en el Art. 119 del CS podría ser, como sostiene Bascañan, contrario a las garantías constitucionales.

³⁹⁹

Nos referimos aquí a la experiencia ocurrida en el Hospital Barros Luco en el año 1973, ver III.2.4.

En este contexto es que creemos que la iniciativa tiene un objetivo político-social que la trasciende, que es establecer la figura como un reconocimiento a los derechos de la mujer para lograr igualdad a pesar de las diferentes circunstancias que la afectan. Sin embargo, habría que preguntarse si se cumpliría este fin al reponer la norma derogada en 1989.

En el trabajo se analizó la doctrina desarrollada en la época de vigencia del aborto terapéutico en el Art. 119 del CS, la que generaba debate en temas como quiénes lo realizaban, si requería consentimiento de la mujer, qué debía entenderse por “fines terapéuticos”, a qué causal de justificación penal correspondía. Estas dudas persistirían con la reposición. Además, ya que no se propone una definición no se asegura que se extienda el campo de aplicación de la figura. De esta manera, no basta con la reposición de la figura del aborto terapéutico para reconocer derechos a la mujer, pues es una situación límite que no involucra todas las aristas del problema de ella en relación al aborto.

Los proyectos que proponen reformar el CP, tienen características comunes que analizamos separadamente en el análisis crítico. Observamos una preeminencia de la vida del no nacido, considerado persona, equiparando su vida a la del ser humano nacido desde la concepción. Demostramos que es sólo una parte de la sociedad civil la que sostiene esta posición y que existen muchas dudas científicas y éticas acerca del estatus del feto. Por otro lado, nos parece que no es posible, en aras de la protección de la vida del feto, no tomar en cuenta otras circunstancias que afectan principalmente al otro ser humano en cuestión: la mujer. Luego del análisis objetivo de las proposiciones y sus fundamentos, y del estudio de las actas de discusión parlamentaria, es posible concluir que entre las diferencias entre el proyecto de Merino de 1989 y los presentados en 1994, están la figura del arrepentimiento eficaz y la conmutación de la pena. Asimismo, existe una diferencia en la línea argumentativa, ya que si bien sostienen que el bien jurídico protegido es la vida, lo que buscan es dar eficacia a las normas penales que lo regulan y no equiparar las penas a las de homicidio (como lo hacía Merino). Aún más, es tomada en cuenta la mujer, y los efectos que en ella puede provocar el aborto⁴⁰⁰. En el proyecto de Cubillos, sin embargo, observamos una diferencia en la línea argumentativa ya que vuelve a considerar que no existe diferencia entre la vida antes y después del nacimiento y por esta razón es que se

400

En los considerandos de los proyectos de Espina y Paya, ver Anexos V.1 letras B) y C). En la discusión del proyecto de Larraín, ver análisis objetivo II.D).

produce el aumento de penalidad. En cuanto a la mujer, la considera la segunda víctima en este delito por lo que propone para ella atenuantes como la figura del arrepentimiento eficaz, y siempre al arbitrio del juez la conmutación de la pena.

Es importante reconocer, que para enfrentar correctamente el problema del aborto es necesario distinguir tres aspectos: primero es importante determinar el momento en que se inicia la vida, pues en ese momento comienza la protección jurídica; en segundo lugar hay que determinar si la protección otorgada al ser humano es distinta según el grado de desarrollo (lo que se puede observar en el efecto jurídico del nacimiento); y en tercer lugar se debe determinar cuándo comienza la calidad jurídica de persona. Todos estos puntos los desarrollamos a propósito de los proyectos mencionados más arriba, y podemos concluir, que no se toman en cuenta estas diferencias ni la controversia que generan, sino que, por el valor otorgado por ellos al derecho a la vida, deben adoptar una postura que considere al feto persona desde la concepción.

Un aspecto interesante en la regulación actual y en las proposiciones es el tratamiento penal a la mujer que aborta. Actualmente los terceros que provocan abortos con el consentimiento de la mujer tienen menor pena que la mujer abortante.

Todos los proyectos proponen aumentar la penalidad a terceros y aumentar o mantener la penalidad a la mujer, porque consideran que no puede faltar el reproche penal, dado lo reprobable de la conducta. Esta reprochabilidad se fundamenta en el valor de la vida humana, sin embargo, en el caso de la mujer parece existir un disvalor adicional, pues se considera que transgrede su deber natural de aceptar la maternidad, punto que desarrollaremos más abajo. En cuanto al aumento de penalidad para dar mayor eficacia a la norma, nos parece inaudito. ¿Es necesaria la efectiva privación de libertad para proteger la vida del que está por nacer, esto es, para evitar la comisión de abortos? Desde un punto de vista de discurso político conservador suena muy bien, para dar mayor protección a la “vida”, aumentar la penalidad a fin de intimidar a los abortantes y aborteros e impedir que se produzca el delito, pero ¿es eso así? En nuestro país existe un apego a la prevención general dado más bien por lo políticamente correcto del discurso que por un análisis político-criminal de la situación. En el caso de las abortantes, es un hecho que el establecimiento del aborto como figura delictiva, sólo afecta a las mujeres más pobres y

carentes de recursos de varios tipos (económicos, laborales, afectivos, etc.), ya que son estas las que llegarán en definitiva al sistema de salud pública, de donde provienen casi la totalidad de denuncias que ingresa a los tribunales. Pero esta falla no responde en particular al carácter del aborto sino que a todo el sistema penal, que siempre ha afectado masivamente a los estratos bajos. Ya que en países con altas penas se mantienen las cifras, como es el caso de Chile, la solución pasa por políticas que abarquen medidas de educación sexual preventiva, de mejoramiento de condiciones laborales para la mujer y de madurez social para entender el embarazo no como una carga, sino como un proceso biológico vital para nosotros como especie. Es así como se obtendrá una mayor protección a la “vida”. Los parlamentarios que patrocinan estos proyectos, reconocen que el problema debe afrontarse desde este punto de vista, pero aún así mantienen el reproche penal para la mujer.

En cuanto a las proposiciones que tienen por objeto desincentivar la actividad de los terceros que “lucran con el aborto”, éstas obedecen al razonamiento de que si se producen 150 mil abortos en Chile al año, en alguna parte deben realizarse. Entre las medidas propuestas están el establecimiento de penas privativas de libertad efectivas, de penas pecuniarias que en definitiva aumenten el costo a evaluar en el momento de delinquir y de figuras que faciliten la denuncia. Podemos señalar que sin duda esto obedece a un intento de desarticular un mercado clandestino de abortos inseguros. Lo anterior nos parece coherente como sistema, sin embargo es importante tomar en cuenta el perfil de estos terceros que lucran. Dado que las denuncias provienen del sistema de salud pública, dónde llegan las complicaciones por aborto, podemos deducir que no se trata de profesionales calificados que tengan una gran organización que les permita realizar abortos seguros (que no llegarían a hospitales públicos). Sin duda es necesario estudiar con mayor profundidad los sujetos a quienes va dirigida la norma penal y así determinar la efectividad de las medidas, ya que lo único que es seguro es que siempre habrá una mujer afectada.

En cuanto al arrepentimiento eficaz, ya señalamos sus características principales y lo excepcional y transitorio de la figura. Sin duda es innovador el intento de establecerla en materia de aborto, pero nos preguntamos qué utilidad real tendría dadas las características de las personas que son detectadas por el sistema penal. Esta figura nació en situaciones de emergencia, de terrorismo como fenómeno social que amenaza la institucionalidad vigente y, a

partir de aquella preocupación, es que se detectan vacíos jurídicos y se hacen necesarias medidas rigurosas y eficaces para eliminar dicha amenaza, no obstante se afecten ciertos derechos. Estas prácticas que se justifican por razones de política criminal, no dejan de provocar al menos alarma en un sistema democrático. En el caso del aborto ¿Nos encontramos ante una situación de este tipo? La respuesta a juicio de los proponentes es afirmativa, en base a considerar que el derecho absoluto a la vida se ve amenazado por la existencia del aborto, con lo que deben aplicarse todas las medidas posibles, incluso de excepción, a fin de terminar con dicha práctica. Pero ¿puede compararse la situación de una mujer con un embarazo no deseado, que acude a solicitar un aborto a un lugar clandestino (porque el sistema jurídico no le permite acceder a otro tipo de servicio) con un miembro de una organización terrorista (o de narcotráfico)? La pregunta es entonces ¿producirá esta figura un incentivo a las denuncias; un aporte de datos que puedan eficazmente evitar la comisión del delito de aborto y perseguir a los responsables? Como respuesta, al menos podemos considerar que es posible que la mujer no pertenezca a la organización ni la conozca más allá de su experiencia, con lo que tendrá poco acceso información que permita desarticular una organización abortista, y esto, unido al perfil de los aborteros detectados por el sistema penal nos parece que hará ineficaz la figura en comento. Por otro lado, señalamos los tremendos reparos que esta figura genera incluso para las situaciones en que se reconoce legalmente, los que son todos aplicables al caso del aborto. Finalmente, más allá de las características de esta figura, estimamos que se pretende incorporar en esta área como una atenuante para la mujer, en un intento de comprender y hacerse cargo de la situación en la que se encuentra al momento de decidir abortar. Esto induce a sostener, que más allá del absoluto respeto del derecho a la vida, los patrocinantes entienden que existe otro agente involucrado en la situación, que no adscribe a las características de cualquier otro criminal, por lo que es necesario tomar en cuenta su situación. La idea anterior llega al extremo en el proyecto de Cubillos al establecer la conmutación de la pena por trabajo en organizaciones pro vida.

La conmutación de la pena propuesta por el proyecto de Cubillos junto con el arrepentimiento eficaz, obedece a la consideración de la mujer como víctima, y junto a la figura mencionada, requiere el arrepentimiento de la mujer a fin de aplicarse. Estas figuras al exigir como requisito el arrepentimiento suponen que la mujer internamente se debe sentir siempre culpable, y en consecuencia arrepentida, con lo que efectuar una acción en defensa de la vida le reportará beneficios. Estas ideas nos llevan a considerar el tratamiento que se da al papel de la

mujer en los proyectos que proponen modificar el CP. Observamos que se le otorga una mayor responsabilidad dado que tendría el deber natural de ser madre, de aceptar la maternidad por sobre toda otra consideración. Asimismo, se posiciona el sufrimiento de la mujer al provocarse un aborto, como argumento en contra del mismo⁴⁰¹.

En los otros proyectos, se considera un cierto rango de autonomía decisoria, pero sólo cuando se trata del riesgo de su vida. Hoy en día existen posturas que se imponen o ya se han impuesto en otros países, con respecto a la relevancia de la autodeterminación de la mujer, punto central en este tema absolutamente omitido en la discusión parlamentaria. Esta autodeterminación, implica reconocer a la mujer su autonomía como sujeto moral, capaz de tomar decisiones éticas de acuerdo a sus creencias y a su situación. En este caso, se considera que la mujer tiene derecho a decidir si asumir o no la maternidad, dependiendo de las circunstancias en que esta se dé. Especialmente cuando existen factores que transforman un embarazo, en un embarazo no deseado. Decimos embarazo y no vida del que está por nacer porque hablamos del proceso y de todo el cambio de estatus que significa el embarazo y el ser madre. Se trata de una situación compleja, no del resultado mismo de este proceso natural, lo que se vuelve el centro del problema. La mayoría de las mujeres en circunstancias óptimas en sentido físico, afectivo, económico y laboral no optaría por el aborto. Se trata siempre de casos de falta de estas condiciones las que mueven a tomar tan drástica determinación, partiendo muchas veces por la pareja. Hay un problema de exigencia de responsabilidad distinta, dada por la naturaleza misma del embarazo. Se trata de un tema de justicia: ¿puedo exigir como Estado o sociedad el cumplimiento de un deber determinado, si no estoy otorgando las condiciones necesarias para llevarlo a cabo?, ¿pasaría la mujer por el sufrimiento que significa el aborto si existieran otras condiciones?

Creemos que la vía penal no es necesariamente la solución al problema del aborto, ya que agrava una situación que de por sí es traumática para la mujer que aborta. Asimismo, la reposición de la figura del aborto terapéutico no cubre el espectro total de consideraciones que requiere esta situación. El debate parlamentario no ha considerado los aspectos centrales de este problema social y se ha centrado en cuestiones valorativas alejadas de la realidad. Al ni siquiera intentar debatir este tema, el parlamento está incumpliendo su rol social de resolver un problema

⁴⁰¹ Relacionado con la concepción del Síndrome Post Aborto. Ver nota 375.

que afecta a gran parte de los ciudadanos. Lo que corresponde, a nuestro parecer, es un conjunto de medidas que equilibren por una parte la protección de la vida del feto y por otra parte la prevención de los embarazos no deseados y el derecho de la mujer a autodeterminarse sexual y reproductivamente.

V. ANEXOS

V.1.- Proyectos de ley

A) Muñoz-1991

Boletín N°: 00499-07
Iniciativa: Moción
Organismo: Constitución
Cámara de origen: Cámara de diputados
Materia: Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico.

Sesión 41ª, en martes 17 de septiembre de 1991

Moción de la Diputada señora Adriana Muñoz y de los Diputados señores Armando Arancibia, Carlos Smok, Juan Pablo Letelier y Carlos Montes (boletín N° 499-07)

“Considerando:

- 1.- Las diversas consecuencias psicosociales que, para los hijos y la familia en general, produce la pérdida de la vida o de la salud de la madre, en el sentido que no sólo se destruye un matrimonio sino que significa una experiencia traumática para los hijos, ya porque éstos deben sufrir la carencia afectiva, ya porque desaparece una persona fundamental en su proceso formativo, entendido este como transmisión de valores, conocimientos, etc.
- 2.- La gravedad de la situación de los hijos pequeños cuando la ausencia de la madre, pobre y/o soltera, fallecida, significa muy probablemente, su internación en Hogar de Menores en situación irregular, la vagancia o, en el mejor de los casos, su allegamiento en hogares ajenos.
- 3.- La Declaración de Oslo, adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial, en agosto de 1970 y, posteriormente, enmendada en octubre de 1983, por la 35ª Asamblea Médica Mundial, el sentido que es deber del médico asegurar la protección de sus pacientes y defender sus derechos dentro de la sociedad. Por tanto, donde la ley permite el aborto terapéutico, la operación debe ser ejecutada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso.
- 4.- Que el problema del aborto terapéutico, es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada, según lo plantea la misma Asamblea Médica, por lo que si el médico estima que sus convicciones no le permiten aconsejar o practicar un aborto, puede retirarse siempre que garantice que un colega calificado continuará dando la asistencia médica.
- 5.- La postura del Colegio Médico de Chile, consagrada en el artículo de su Código de Ética, en el sentido que “El aborto procede solamente cuando se cumplen las condiciones siguientes: a) se efectúe como medida terapéutica; b) la decisión se aprobada por escrito, al menos por dos médicos escogidos por su competencia; y c) la operación sea efectuada por un médico especialista.”
- 6.- La existencia de patologías que, en opinión de especialistas prestigiados en la comunidad médica, efectivamente ameritan la interrupción del embarazo. A saber: rotura de la bolsa amniótica, infección del huevo o la sepsis materna, embarazo ectópico tubario u ovárico, enfermedades trofoblásticas como la mola, síndrome trombocitopénico trombótico, embolia amniótica pulmonar, hipertensión portal, etc.

7.- El carácter extremadamente excepcional de la norma prohibitiva del Código Sanitario, ubica a Chile dentro de los 17 países en el mundo donde no es legal la interrupción del embarazo ni siquiera para salvar la vida materna. En todos los países desarrollados, incluyendo los católicos como España, Portugal e Italia, el aborto terapéutico en sentido amplio (vida y salud materna) es legal y regulado.

Los únicos tres países en América Latina, en los cuales la interrupción del embarazo es completamente ilegal, son Chile, República Dominicana y Haití.

8.- La opinión casi unánime, vertida por la población chilena en diversas encuestas, en el sentido que el aborto debe tipificarse como un delito pero la legislación debe permitir la interrupción del embarazo en situaciones excepcionales. Así por ejemplo, la encuesta CERC de octubre de 1989, sobre una muestra representativa nacional de la población urbana y rural de 18 y más años, logró determinar que el “75,8 % cree que la interrupción debe permitirse por ley cuando está en juego la vida de la madre o la criatura vaya a nacer deforme”. El porcentaje subió a 76 % cuando la encuesta se hizo en junio de 1991. Cabe tener presente que el 76,5 % de los católicos y el 73,9 % de los evangélicos, según la misma encuesta, estimó que debe permitirse el aborto sólo en situaciones de urgencia.

Porcentajes similares es posible apreciar en las encuestas realizadas por APROFA-CERC (urbana 1989) (rural 1990), DIAGNOS (1984) y FLACSO (1988).

9.- Que, lo que se propone en el proyecto es totalmente coherente con nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido que son la propia Constitución Política de 1980 y el mismo Código Penal los que, reconociendo la vida como derecho y bien jurídico, en aras de otros derechos y bienes jurídicos, consagran salvedades y excepciones en la materia.

A modo de ejemplo, basta señalar el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política que, después de declarar “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El Derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona.”, a renglón seguido consagra como sanción la pena de muerte.

El Código Penal, por su parte, no obstante penaliza “el matar a otro” cuando tipifica el homicidio, el parricidio, etc., también consagra la legítima defensa e incluso privilegia, en más de una ocasión, la propiedad sobre la vida.

10.- Que, el derecho comparado, la doctrina Penal y el propio Código Penal Chileno reconocen los “estados de necesidad justificantes”, es decir, circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor.

11.- Que, lo que se está proponiendo no es sino garantizar que, en cada caso particular, se de cumplimiento al artículo 19 N° 1, de la Constitución Política, en el sentido que ésta “asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica...”. De manera tal, que cuando haya que optar entre la vida del que está por nacer y la vida o integridad física o síquica de la madre, exista la posibilidad que la decisión, no buscada, se adopte atendiendo a los elementos afectivos, éticos y clínicos de los involucrados en la situación particular.

12.- 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.

13.- Que, no existe historia de la ley que permita analizar las consideraciones que el legislador de la época tuvo, para prohibir el aborto sustituyendo la norma contenida en el artículo 119 del Código Sanitario.

Los Diputados abajo firmantes, vienen en someter a la discusión y aprobación de esta H. Cámara, el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

Artículo único: Agrégase al Artículo 119 del actual Código Sanitario, el siguiente inciso segundo:

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

(Fdo.): Adriana Muñoz, Diputada.- Armando Arancibia, Diputado.- Carlos Smok, Diputado.- Juan Pablo Letelier, Diputado.- Carlos Montes, Diputado”.

B) Espina-1994.

Boletín N°: 01297-18
Iniciativa: Moción
Organismo: Familia
Cámara de origen: Cámara de Diputados
Materia: Modifica el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en lo relativo al delito de aborto.

Sesión 25ª, en martes 2 de agosto de 1994

Moción de los Diputados señores Espina, Longton, Álvarez- Salamanca y señora Cristi.

H. Cámara.

Las cifras oficiales del Ministerio de Salud y los estudios de organismos especializados demuestran que el número de abortos aumenta año a año, con las graves secuelas físicas y psíquicas que ello ocasiona a las miles de mujeres que por diversas razones deciden interrumpir un embarazo.

Cada año ingresan a los hospitales del país del orden de 45.000 mujeres por aborto. Sin embargo, esta cifra es una ínfima parte de la realidad. Cálculos hechos por la Sociedad Chilena de la Salud Pública indican que se llevan a cabo alrededor de 175.000 intervenciones abortivas al año, lo que se traduce en que de cada 5 embarazos, 2 terminan en aborto y diariamente se presentan 430 casos.

La medida mas directa para prevenir las prácticas abortivas es promover en todas las instancias escolares una educación sexual integral, lo que comprende la maternidad y paternidad responsable y el fortalecimiento de los valores éticos familiares. A esto deben agregarse claras políticas que protejan a la madre embarazada, eliminando diversas discriminaciones que la afectan y que, finalmente, terminan por incentivar las prácticas abortivas.

Sin perjuicio de lo anterior, los antecedentes analizados por los autores de esta moción, parte importante de los cuales provienen de la experiencia práctica de las instituciones que investigan estos delitos, demuestran que la actual legislación penal y procesal penal requieren perfeccionarse a lo menos en los siguientes aspectos:

1.- Los artículos 342 y siguientes del Código Penal que sancionan este delito contemplan penas bajas para los terceros que practican un aborto o inducen a una mujer a hacerlo, en consideración al bien jurídico que la sociedad protege, cual es el derecho a la vida del que está por nacer.

Un ejemplo de ello es que la figura base del delito de aborto, contemplada en el artículo 342 N° 3 del Código Penal, sanciona al autor de este delito con la pena de presidio menor en su grado medio, esto es, de 541 días a 3 años de cárcel.

Es decir, quien lucra con una actividad ilícita cuya finalidad es interrumpir un embarazo y poner término al derecho de vivir del que está por nacer, recibe una sanción máxima de 3 años, pena que es similar a la que, por ejemplo, le corresponde a una persona que participa en un cuasidelito de accidente del tránsito.

A este hecho debe agregarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código Penal, la mujer que acepta que otra persona le cause un aborto es castigada con una pena más alta, la que corresponde a presidio menor en su grado máximo, esto es, de 3 años y 1 día a 5 años de cárcel.

No es razonable que quien induce o presiona a una mujer a practicarse un aborto, finalmente tenga una pena más baja que la mujer afectada, en circunstancias que esta última muchas veces actúa por sus presiones ejercidas por sus propios parientes e, incluso, su cónyuge o conviviente.

En este proyecto de ley se aumenta la pena que el artículo 342 del Código Penal aplica a los terceros que maliciosamente causan un aborto:

- Se eleva de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años), a presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años) si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- Se eleva de presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años) a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años), si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
- Se eleva de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años) si la mujer consintiere.

2.- No existe ninguna disposición legal que incentive a la mujer a denunciar a quienes practican este delito e, incluso, en muchas oportunidades existen verdaderas organizaciones ilícitas destinadas a cometerlo.

En razón de lo anterior, en este proyecto se agregan al artículo 344 del Código Penal tres incisos en los que se establece una rebaja de la pena en dos grados a la mujer que aceptó que un tercero le practicara un aborto, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecte o pueda afectarle o aún previo a su inicio, entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para individualizar y detener a los responsables de este delito.

Además, en la misma disposición legal se agrega que el tribunal, “si después de aplicados los beneficios otorgados a la arrepentida en el inciso anterior, debiere cumplir pena en reclusión, el juez deberá otorgarle el beneficio de la libertad vigilada establecida en la ley 18.216”.

Finalmente, se agrega que “el tribunal que reciba esta declaración deberá adoptar, de inmediato, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física de la arrepentida y mantener en reserva su identidad”.

3.- En la actualidad, de conformidad a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones están facultadas para practicar de inmediato y sin previa orden judicial las diligencias probatorias establecidas en el artículo 120 bis de dicho texto legal, cuando se trata de denuncias de delitos de hurto, robo o delitos contra las personas.

Esta facultad no la tiene la policía cuando se trata de los delitos de aborto, de manera que frente a una denuncia de este ilícito penal debe requerir la orden de investigar a los tribunales de justicia, lo que en la práctica significa que, en muchas ocasiones, el tiempo transcurrido en obtenerla facilita la destrucción de la prueba y la fuga de los delincuentes.

No existe razón alguna para que el legislador haya entregado a la policía esta facultad tratándose de los delitos de robo y hurto y de los delitos contra las personas, y no la tenga en los casos en que la investigación se refiera al delito de aborto que nuestro código contempla en el Título VII de “Los crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de la Familia y Contra la Moralidad Pública”.

En consecuencia, en el proyecto se otorga esta facultad a la policía modificándose para ello el inciso cuarto del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de los fundamentos expuestos, y sin perjuicio de las perfecciones que esta moción puede tener durante su tramitación legislativa, venimos en someter a la consideración de la H. Cámara de Diputados, el siguiente.

PROYECTO DE LEY

Artículo Primero: Modifícase el Código Penal en la forma que a continuación se indica:

1.- Sustitúyase las penas establecidas en el artículo 342 de la siguiente manera:

- a) En el N° 1 sustitúyase la pena de presidio mayor en su grado mínimo por presidio mayor en su grado medio.
- b) En el N° 2 sustitúyase la pena de presidio mayor en su grado máximo por presidio mayor en su grado mínimo.
- c) En el N° 3 sustitúyase la pena de presidio menor en su grado medio por presidio menor en su grado máximo.

2.- Agrégase al artículo 344 los siguientes incisos:

“Se rebajará en dos grados la pena establecida en los incisos anteriores, a la mujer que consintiere que otra persona le cause un aborto, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecte o pueda afectarle o aún previo a su inicio, entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para individualizar y detener a los responsables de este delito”

“Con todo, si después de aplicados los beneficios otorgados a la arrepentida por el inciso anterior, debiere cumplir pena en reclusión, el Juez deberá otorgarle el beneficio de la libertad vigilada establecida en la ley 18.216 y su Reglamento.”

“El tribunal que reciba esta declaración deberá adoptar, de inmediato, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física de la arrepentida y mantener en reserva su identidad”

Artículo Segundo: Sustitúyese en el inciso 4° del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, su oración inicial por la siguiente:

“tratándose de delitos de hurto o robo, del delito de aborto o de delitos contra las personas, Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y si previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 156 y en el artículo 260”.

(Fdo.): Alberto Espina O, Diputado; María Angélica Cristi M., Diputado”

Julio 26 de 1994.

C) Paya-1994.

Boletín N°: 01298-18
Iniciativa: Moción
Organismo: Familia
Cámara de origen: Cámara de Diputados
Materia: Modifica el Código Penal en materia de aborto.

Sesión 25ª, en martes 2 de agosto de 1994.

Moción del Diputado señor Paya.

REFORMA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE ABORTO (boletín N° 1298-18)

Con el fin de dar una verdadera protección a la vida del niño que está por nacer, es necesario modificar la legislación penal chilena que en esta materia hoy es “letra muerta”.

Con ese fin, este proyecto propone los siguientes cambios específicos en la ley penal:

1. Establece un mecanismo de “arrepentimiento eficaz” para la mujer que entregue información que permita condenar a quienes efectúen abortos.
2. Aumenta las penas privativas de libertad aplicables a los autores del delito del aborto.
3. Establece cobro de multas a los autores del delito de aborto.
4. Establece el comiso de los instrumentos y efectos del delito de aborto.
5. Elimina la figura del “aborto honoris causa”.
6. Elimina requisitos que dificultan la sanción de ciertos casos de aborto.
7. Corrige errores de texto en las normas actuales relativas al delito de aborto.
8. Sitúa al aborto entre los delitos contra las persona.

FUNDAMENTACIÓN DE LOS CAMBIOS PROPUESTOS

1. Sistema de arrepentimiento eficaz.

* Las normas actuales sobre el aborto tienen el efecto práctico de crear una verdadera “conspiración del silencio” en torno a este crimen.

Por sus especiales características, el hecho de un aborto es conocido por un círculo muy reducido de personas. Bajo la legislación actual, prácticamente todas esas personas – que son los únicos testigos del hecho- son objeto de sanciones muy drásticas, lo que obviamente impide que cualquiera de ellos contribuya con su testimonio a la sanción de los responsables. La impunidad es muy fácil de lograr, pues además, a diferencia de lo que ocurre en todos los demás delitos –en los que existe un sujeto pasivo que los padece y denuncia, o un pariente u otro testigo- en el caso del aborto los gritos de la víctima se ahogan en el silencio.

Esto explica que no obstante que el aborto es un delito con una grave sanción en el papel, en la práctica se efectúen miles de abortos impunemente.

Desde un punto de vista político- criminal es indispensable que la norma cumpla su función preventiva o intimidatoria, con el objeto preciso de evitar que se cometan estos atropellos en contra de la vida, siendo éste el objeto último de esta reforma.

* El sistema de arrepentimiento eficaz propuesto abre un cauce para que el genuino arrepentimiento que normalmente se produce en la mujer que se ha practicado un aborto, pueda ser expresado y conducir a la condena de quienes efectúan dichos abortos a cambio de dinero.

* Las principales características del sistema propuesto son las siguientes:

- *Rebaja en la pena.* Mediante la entrega de información que permita la condena de quienes efectúan abortos, la arrepentida logra una rebaja en la pena que permite acceder a la libertad vigilada y a la remisión condicional de la pena, lo que permite que la mujer evite la pérdida de su libertad.

Deliberadamente no se ha eliminado totalmente la sanción a la mujer que se practica un aborto, pues un imperativo de justicia y de coherencia con nuestro ordenamiento constitucional exige que quien consintió un aborto sea sancionado, dado el disvalor objetivo de su conducta. Esta sanción no es menor pues esta conducta no sólo atenta en contra de la vida del feto, sino que también en contra del afecto natural que toda mujer debe sentir por la criatura que lleva en sus entrañas.

Además, si se planteara una delación compensada que eximiera totalmente de responsabilidad penal, el artículo 394 C será letra muerta y daría pie al uso abusivo de este beneficio. Al mantener la sanción, en cambio, en la eventualidad de un segundo aborto, conforme a las normas generales, la mujer no podría acceder a la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada.

- *Secreto de la identidad de la mujer.* Dadas las características de este delito se hace necesario regular de manera expresa el secreto de la información que aporte la mujer, por cuanto no se entienden suficientes las normas generales sobre el secreto de sumario.

2. Aumento de las penas privativas de libertad a los autores del delito de aborto.

Los aumentos de penas privativas de libertad en este proyecto tienen como primer objetivo evitar que por efectos de la consideración de circunstancias atenuantes las penas privativas de libertad establecidas en la ley se transformen en letra muerta al permitir al condenado acceder a la libertad vigilada o la remisión condicional de la pena, como es usual hoy en Chile.

Si bien el aumento de penas privativas de libertad no elimina por sí solo la existencia de un tipo de delito, es evidente que dicha sanción actúa como un disuasivo en la medida que se aplique en la práctica. Ciertamente ese no es el caso hoy en Chile, por lo que se hace necesario aumentar las penas en la forma propuesta.

Asimismo, las mayores penas propuestas quieren reflejar la mayor gravedad que tienen ciertos casos de aborto, como por ejemplo aquel que es practicado con violencia contra la voluntad de la mujer, o aquel que es cometido por un facultativo.

3. Establecimiento de multas a los autores del delito de aborto.

En Chile existe hoy una tétrica industria del aborto, movida por un evidente interés económico. Existen antecedentes de cómo las clínicas abortivas tienen verdaderos “agentes de ventas” en algunos sectores de Santiago que se acercan a mujeres jóvenes que han quedado embarazadas fuera del matrimonio, y de otros elementos “comerciales” de esta actividad.

El establecimiento de fuertes multas pecuniarias a los autores de un aborto persigue directamente transformar la industria abortiva en un pésimo negocio, en el que se arriesga además de una posible privación de libertad, una sanción pecuniaria ineludible.

En nuestra opinión, este sistema de multas sumado al efecto del sistema de “arrepentimiento eficaz” sería un golpe drástico a la industria abortiva chilena.

4. Comiso de los efectos e instrumentos del delito.

Con el mismo propósito mencionado en el número anterior, nos parece indispensable establecer el comiso de las ganancias obtenidas por la industria abortiva mediante el delito. Resulta impensable que a una persona que fuera condenada se le permitiera conservar las ganancias que obtuvo al cometer el delito.

5. Eliminación del delito conocido como aborto honoris causa.

Respecto a esta norma se puede señalar que es objetable en el fondo y al mismo tiempo anacrónica.

Si bien la honra es un bien jurídico digno de protección jurídica, nos parece que su jerarquía es considerablemente menor a la del derecho a la vida. Resulta desproporcionado pretender que la protección de la honra puede esgrimirse como justificación válida para la privación de una vida.

Por otra parte, si bien el embarazo fuera del matrimonio no es un hecho normal ni indiferente para las personas, es evidente que hoy en día no constituye ante la sociedad un atentado “a la honra” de la magnitud que tenía en la época de la dictación de esta norma. Del estudio de su historia se desprende claramente que fue éste el objetivo de esta norma y nos parece que hoy resulta anacrónica.

En todo caso, de esgrimirse en un caso concreto consideraciones relativas a la honra, el juez deberá sopesarlas al pronunciarse sobre la culpabilidad, aplicando las normas generales de nuestro sistema penal al respecto.

6. Eliminación de elementos que dificultan la sanción de ciertas hipótesis de aborto.

A. Eliminación de la expresión “Abusando de su oficio” en el artículo 345 (394D). La mantención de esta frase, significa en la práctica, que resulta más difícil condenar a un facultativo que ha efectuado un aborto, que a cualquier otra persona, puesto que se deberá acreditar “abuso de oficio”, elemento de por sí difuso y subjetivo.

Por lo demás, resulta indispensable eliminarlo, para mantener la coherencia con el actual artículo 119 del Código Sanitario, pues éste prohíbe toda acción cuyo fin sea provocar un aborto sea o no con abuso de la “lex artis” del sujeto activo.

Este requisito sería además redundante, pues al exigirse que el fin de la acción sea causar un aborto, se está excluyendo de la posibilidad de sanción de cualquier acción propia del oficio del facultativo, las que siempre tendrán como fin salvar la vida de la madre y no causar el aborto. Es del caso recordar que para la medicina actual no existen patologías que requieran ejecutar acciones que tengan como fin causar un aborto para atender la salud de la madre. Por tanto toda acción destinada a causar un aborto constituirá siempre un abuso del oficio por parte del facultativo. Por lo demás, el fundamento de una penalidad mayor para el facultativo que aborta radica en su mayor conocimiento de las características del feto, de su carácter de persona viva.

Por ello, a diferencia de algunos autores, creo esta expresión no se refiere exclusivamente a los casos en que estos facultativos actúen en calidad de tales, sino que todos los casos en que ellos abortaren. Es por esta razón que para evitar confusiones, creo que se debe eliminar este elemento de valoración judicial del tipo.

B. Eliminación de la palabra “maliciosamente” en el inciso primero del artículo 342 (494A nuevo). La exigencia de la “malicia” –que ha sido mayoritariamente interpretada como una exigencia de dolo directo- ha dejado en la impunidad los casos de dolo eventual, situación que esta reforma quiere revertir.

Se exceptúa el caso del número 1, en el que ahora se exige que se obre “maliciosamente” para que proceda una sanción de tal gravedad, quedando sujetas al artículo 343 (494B nuevo) los casos de dolo eventual y de culpa, con o sin representación.

7. Corrección de errores de texto en normas actuales.

La doctrina ha entendido siempre que el número 2 del artículo 342 (394A nuevo) se refiere al aborto no violento cometido sin el consentimiento de la madre. Por tanto la expresión “aunque no la ejerza” utilizada actualmente indudablemente es confusa, dado que debería decir “siempre que no ejerciendo violencia” pues este número es el que precisamente sanciona los casos en que no se use la violencia.

Este razonamiento se repite en el artículo 343 (394B nuevo), pues es de la esencia de este tipo que el resultado de aborto no sea deseado por el sujeto pasivo, por lo que se le sugiere sustituir la expresión “aun cuando haya tenido el propósito de causarlo” por la frase “siempre que no haya tenido el propósito de causarlo”.

Al respecto hay abundante literatura nacional, siendo este un tema pacífico.

8. Traslado del párrafo sobre el aborto al título sobre los delitos contra las personas.

Actualmente el aborto está sancionado entre los “delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”. La mayoría de los autores está de acuerdo en que esta ubicación del párrafo sobre el aborto es deficiente.

Si bien el aborto repercute de algún modo en la moralidad pública, no lo hace de manera esencialmente distinta a cualquier otro delito grave. Por su parte, aún cuando puede tener repercusiones sobre la familia, es evidente que un aborto puede producirse ante embarazos originados fuera de la familia.

Nos parece que el aborto es antes que nada una violación a la vida de una persona y debe ser considerado como un delito contra ésta. Por lo demás esta modificación es coherente con el texto constitucional que en su artículo 19 N° 1 reconoce el carácter de “persona” del niño que está por nacer.

* Importancia práctica de este cambio. Se debe tener presente que la ubicación actual de este párrafo unido a la existencia de una definición legal del aborto, han originado innumerables problemas interpretativos. Por ejemplo, se ha llegado a sostener que se cometería el delito de aborto por el solo hecho de inducir la expulsión prematura del feto, sin ser necesaria la muerte de éste. Discusiones como esta se evitarían con el cambio propuesto.

En atención a los argumentos presentados y ante la urgente necesidad de modernizar nuestra legislación en defensa de la vida y combatir con éxito a la industria abortiva, propongo el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo único. Se introducen las siguientes modificaciones al Código Penal.

Primero: Intercalar como párrafo tercero del Título VIII del Libro segundo del Código Penal el párrafo primero del Título VII del Libro segundo del mismo cuerpo legal, pasando los actuales párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo a ser cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno respectivamente, y los artículos 342, 343 y 345 a ser los artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D nuevos, respectivamente.

Segundo: Reemplazar los artículos 342, 343, 344 y 345 por los siguientes artículos 394A, 394B, 394C y 394D nuevos.

Art. 394A. “El que causare un aborto será castigado:

1. ° Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales, si maliciosamente ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
2. ° Con la de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, siempre que no ejerciendo violencia, obrare sin el consentimiento de la mujer.
3. ° Con la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, si la mujer consintiere.

Sin perjuicio de lo anterior, el tercero será sancionado con la pena de comiso sobre los efectos del delito y los bienes muebles o inmuebles usados en su perpetración.”

Art. 394B. “Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, siempre que no haya tenido el propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”

Art. 394C. “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Sin embargo, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, según las circunstancias, si en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecte o pueda afectarle:

a) Ponga a disposición o revele a la autoridad, información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para impedir o prevenir la perpetración de los delitos señalados en el número 3 del artículo 394 A y en el artículo 394 D, o

b) Aporte datos no conocidos y eficaces para perseguir en juicio a personas que hubieren incurrido, en cualquier calidad, en alguna de las conductas señaladas en la letra a) de este artículo.

Todas las actuaciones a que dé lugar lo dispuesto en el inciso anterior serán secretas y se estamparán en un libro especial que el secretario del tribunal guardará bajo su custodia.

El empleado público que violare este sigilo será sancionado con la pena establecida en el artículo 244, aumentada en un grado.”

Art. 394D. “El facultativo que causare el aborto o cooperare en él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado y en multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales”.

D) Larraín-1994

Boletín N°: 01302-07
Iniciativa: Moción
Organismo: Constitución
Cámara de origen: Senado
Materia: Aumenta penalización del delito de aborto.

Moción del senador señor Hernán Larraín.

El aborto en el sentido jurídico-penal significa dar muerte al producto de la concepción, el bien jurídico protegido es la vida del embrión y el objeto material de protección es el embrión vivo, aún cuando éste presente anomalías.

Los artículos 342 y siguientes del Código Penal tipifican y sancionan el delito de aborto.

Estas disposiciones sancionan, por una parte, a la mujer que se cause un aborto o consienta en que otro se lo cause, y por otra parte, el tercero que ejecuta estas acciones en la persona de una mujer embarazada. En cuanto a la intervención de un tercero en estos hechos, la normativa vigente distingue según se trate de un tercero facultativo, esto es, de una persona cuyo oficio o profesión sea tratar esta clase de asuntos médicos, o de un tercero cualquiera.

Por otra parte, cuando el aborto es causado por un tercero (tanto facultativo como cualquiera), la penalidad de estas acciones varía según exista o no violencia en la persona de la mujer o consentimiento de parte de ella.

En cuanto a la penalidad del aborto, éste se sanciona con penas privativas de libertad, las que van de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a presidio mayor en su grado medio (10 años y un día a 15 años).

No obstante lo anterior, del análisis de las penas asignadas al delito que nos ocupa, se infiere que en un alto porcentaje, ellas no superan los cinco años de presidio. Así por ejemplo, cuando el aborto es causado por un tercero con consentimiento de la mujer, la pena va de 541 días a tres años de presidio, y cuando la misma acción es realizada por un facultativo, la sanción va de tres años y un día a cinco años de presidio.

Este hecho adquiere importancia si se analiza bajo la perspectiva de la procedencia de los denominados beneficios alternativos de las penas privativas o restrictivas de libertad. En efecto, la ley 18.216 dispone que estas penas puedan suspenderse por el tribunal que las impone si se concede la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna o la libertad vigilada. Estas medidas, en general, suponen que el condenado a una pena privativa de libertad no cumple con esta sanción al interior del establecimiento carcelario, sino que lo hace en libertad observando ciertas exigencias, como por ejemplo la de residir en un lugar determinado y la de presentarse con cierta periodicidad ante Gendarmería de Chile.

De lo anterior se desprende que 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 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 incurrir en ellas.

Específicamente se propone aumentar en un grado la pena asignada al tercero que causa un aborto ejerciendo violencia en la persona de la mujer embarazada, o cuando no la ejerza, obre sin el consentimiento de ella. Respecto del tercero que causa un aborto sin violencia, pero con el consentimiento de la mujer embarazada, se propone la misma pena en que incurre quien ejerce violencia, dado que la voluntad final que le asiste al hechor es independiente de los medios de que se valga para llevarla a cabo.

Consecuente con lo anterior y siguiendo con el esquema que para estos efectos presenta el Código Penal, cuando las acciones sean realizadas por un tercero facultativo, la pena se aumentará en un grado a partir de las que aquí se proponen.

En relación a la pena que le corresponde a la mujer que se causa un aborto o consiente en que otro se lo cause, la pena se aumenta en dos grados, sin perjuicio de la posibilidad de rebajarla, en atención a lo que se propone más adelante.

Por último, la penalidad asignada a la mujer que se causa un aborto para ocultar su deshonra, se mantiene en atención a las justificaciones y situaciones de hecho que la rodean.

Como se ha dicho anteriormente, las disposiciones vigentes no sólo sancionan a la mujer que se causa un aborto, sino también al tercero que se lo cause. Si se analizan las causas que llevan a estas personas a ejecutar estas acciones, ellas dicen relación con el fin de lucro que estos individuos persiguen.

En efecto, la existencia de una serie de clínicas clandestinas y de personas dedicadas a practicar abortos, previo pago de un precio por ello, no constituye sino una forma clara de acreditar este hecho.

Esta situación significa que para estas personas la realización de un aborto constituye la realización de un verdadero negocio. Como tal, debiera aplicarse a sus partícipes, además de una pena privativa de libertad, sanciones pecuniarias como una forma de desincentivar su desarrollo.

Con este objeto se propone sancionar a los terceros que participan en la comisión de un aborto con multas, las que se expresan en Unidades Tributarias Mensuales. El monto de ellas dependerá de las cualidades del hechor, esto es, si es un facultativo o un tercero cualquiera y de las circunstancias que rodeen al hecho, tales como la violencia que se ejerza en la persona de la mujer embarazada. En este contexto, los montos propuestos dicen relación directa con los criterios utilizados para la aplicación de las penas privativas de libertad antes referidas.

Además de lo anterior y como una forma de avanzar en la contribución de medidas tendientes a evitar la proliferación de verdaderos centros especializados en la comisión de abortos, se propone señalar de manera expresa que la comisión de abortos se sancionará, además, con la pena de comiso, la que se deberá hacer efectiva sobre todos los bienes muebles e inmuebles que se utilicen en la realización del hecho, los que a su vez, se destinarán al financiamiento de fundaciones de protección materno infantil.

Por último, teniendo presente que la disminución de la proliferación de este tipo de delitos, no sólo atraviesa por un aumento de la penalidad de sus autores, se propone establecer un sistema que incentive la denuncia oportuna y efectiva de prácticas abortivas, especialmente de aquellas que se llevan a cabo por terceros por un mero afán de lucro.

Específicamente se propone el establecimiento de una circunstancia atenuante calificada para la mujer que siendo culpable en consentir en el que se cause un aborto, coopere eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, en diligencias que sirvan para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices y encubridores o para prevenir o impedir la perpetración o consumación de este delito. Esta circunstancia permitirá rebajar la pena hasta en

tres grados. Así, si la mujer es condenada a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, esta sanción podrá rebajarse a 541 días de presidio menor en su grado medio.

PROYECTO DE LEY

1. Intercálese como párrafo tercero del Título VIII del Libro II del Código Penal el párrafo primero del título VII del libro segundo del mismo cuerpo legal, pasando los actuales párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno respectivamente, y los artículos 342, 343, 344, y 345 a ser artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D nuevos respectivamente.

2. Sustitúyase el artículo 342 del Código Penal por el siguiente artículo 394 A nuevo:

Artículo 394 A: El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1º Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2º Con la pena de presidio mayor en su grado máximo y multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales, si aunque no la ejerza, obrare sin el consentimiento de la mujer.

3º Con la pena de presidio mayor en su grado medio y multa de 300 Unidades Tributarias Mensuales, si la mujer consintiere.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21, al que cause un aborto se le aplicará además la pena de comiso, la que se hará efectiva sobre los bienes muebles e inmuebles utilizados para la comisión del delito y sobre los dineros que hubiere recibido para ello.

3. Sustitúyase el artículo 344 del Código penal por el siguiente:

Art. 394 B: La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio mayor en su grado medio.

Si lo hiciese para ocultar su honra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Las penas indicadas en los incisos anteriores se podrán rebajar hasta en tres grados, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta o pueda afectar, o aún previo a su inicio, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, en diligencias que sirvan para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación de este delito.

4. Sustitúyase el artículo 345 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 394 D: El facultativo que causare un aborto o coopere en él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado y con multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21, al facultativo se le aplicará además la pena de comiso, la que se hará efectiva sobre los bienes muebles e inmuebles utilizados para la comisión del delito y sobre los dineros que hubiere recibido para ello.

E) Cubillos-2002

Boletín N°: 02978-07
Iniciativa: Moción
Organismo: Constitución
Cámara de origen: Cámara de Diputados
Materia: Modifica en el código penal el delito de aborto.

Sesión 10ª, en jueves 20 de junio de 2002.

Moción de los diputados señores Álvarez, Bauer, Forni, Kast, Moreira, Paya, Salaberry, Uriarte, Urrutia y de la diputada señora Marcela Cubillos.

“Fundamento

Honorable Cámara de Diputados:

El derecho a la vida, cuya protección fundamenta la existencia del tipo penal del aborto se encuentra correctamente garantizado, a todas las personas, en el artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República.

El contenido global del derecho, que reconoce y protege esta básica garantía constitucional, supone que el derecho a la vida se refiere preferentemente al soporte biológico y psíquico del hombre. Por esta razón, es que el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, es el complemento directo de esta misma garantía constitucional.

Pero el constituyente no se contentó con garantizar la vida, sino que además dispuso su protección desde el inicio de la misma. Por ello es que también se ordena la protección de la vida del que está por nacer en una clara y enfática condena al aborto.

El bien protegido es la vida; de ello no existe duda alguna, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Por otra parte, hoy tampoco hay duda, ni científica ni jurídica, en cuanto a que la vida humana se inicia desde la concepción. En ese momento, los gametos dan un salto sustancial en virtud del cual dejan de ser lo que son, comenzando un proceso único e irreversible, el de la vida.

Ello es tan claro para el constituyente que cualquier intento por determinar una época diferente al de la concepción como el inicio de la vida es, sencillamente, arbitrario y contrario por ello a la norma expresa de la Carta Fundamental que impide o excluye claramente cualquier posibilidad de arbitrariedad. Fundan este razonamiento, hoy, importantes fallos de los tribunales superiores de justicia, y en el orden administrativo, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, nombrar sólo algunas de las instituciones permanentes del Estado.

Pero aún hay más, el Pacto de San José de Costa Rica también conocido como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional suscrito por Chile y vigente (D.O. de 5 de enero de 1991), dispone en su artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

Las disposiciones positivas de nuestro ordenamiento son prístinas, la vida humana, el sujeto de derecho, las personas como centro de la imputación normativa y detentadoras del derecho a la vida lo poseen desde la concepción, no existe otra interpretación posible ya que no hay nada que interpretar.

Piénsese, por ejemplo, en las disposiciones que el propio Código Civil consagra. En

primer orden, la misma definición de persona del artículo 55 de ese cuerpo normativo, señala: “Son personas todos los individuos de la especie humana...”, es decir, para ser persona basta, de acuerdo con este juicio universal, ser un individuo y pertenecer a la especie humana, pues bien, ello es justamente lo que ocurre con el producto de la concepción, éste es un individuo, distinto a la madre, y, obviamente, pertenece a la especie humana; es, en consecuencia, persona. La misma disposición luego agrega “...cualquiera sea su sexo, edad, estirpe o condición...” es decir, la misma disposición expresa y categóricamente excluye que un criterio de distinción pueda ser la edad cronológica del individuo que pertenece a la especie humana, para ser considerado persona, de modo tal que éste lo es desde el mismo instante de su concepción. De ello no existe duda.

A mayor abundamiento, nos permitimos recordar la sesión de Sala, de fecha 3 de marzo de 1999, del Senado de la República. En aquella, el tema tratado fue la reforma constitucional que tenía por objeto explicitar la igualdad entre hombres y mujeres. Para ello, se buscaba sustituir en el artículo primero de la Constitución, inciso primero, la expresión “Los hombres” por “las personas”, como finalmente ocurrió. Durante el debate y antes del tiempo de votaciones, el senador Carlos Bombal Otaegui solicitó una aclaración y luego a través del Presidente solicitó un acuerdo a la Sala -que por cierto lo brindó de un modo unánime la Sala del Senado- el que nos permitimos transcribir íntegramente:

“El señor BOMBAL.- Señor Presidente, por su intermedio, quiero solicitar una aclaración previa y, con ello, pedir que se recabe el acuerdo de la Sala en orden a dejar una constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se modifica a través del proyecto en debate.

Mi solicitud de aclaración está destinada al señor presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y dice relación con el hecho de que, con la enmienda propuesta en el N° 1) del artículo único de la iniciativa -sustituye en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental la expresión “Los hombres” por “Las personas”-, en lo sucesivo alguna doctrina podría pretender sostener que sólo se es persona y, por ello, sujeto de derecho el individuo que ha nacido, con lo cual la criatura concebida y no nacida no tendría la calidad de persona.

A mi juicio, dicha aclaración es esencial porque, con la finalidad de evitar la discriminación contra el género femenino eventualmente podríamos estar dando paso a una discriminación peor y más grave”.

El mismo parlamentario, luego agrega:

“Por lo tanto, sobre la base de la aclaración pedida, solicito formalmente a la Mesa que recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19, N° 1, de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “La Constitución asegura a todas las personas”; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción.

Al tenor del N° 1 del artículo 19 y del artículo 1° de la Constitución, de aprobarse la reforma de este último, podría darse pie para que la doctrina planteara la existencia de contradicción entre ambas normas fundamentales.

En consecuencia, señor presidente, solicito que así lo acuerde la Sala, pues no basta una simple constancia en actas. Para que el intérprete pueda citar con autoridad la historia fidedigna del establecimiento de la ley, debe basarse en un acuerdo del órgano legislativo con potestad

suficiente para crear, interpretar auténticamente, modificar o derogar la norma de que se trata.

Solicito, entonces, que el señor presidente de la Comisión de Constitución efectúe la aclaración pertinente y que, hecha ésta, si procediere, se recabe el acuerdo del Senado en la dirección que señalé”.

El presidente, luego de solicitar el acuerdo de la Sala, le concede la palabra al señor presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el senador señor Larraín.

“El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, si tenemos presente el objetivo del mensaje - éste señala que se trata de un proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres-, observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1º de la Constitución.

En consecuencia, no parece posible desprender un significado distinto del que hoy tiene la expresión “Los hombres”. De manera que la interpretación del honorable señor Bombal, a mi entender, es correcta.

Creo que si se aprueba este proyecto -parece que así va a ocurrir-, la interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión “Las personas”, agregada en la Comisión a sugerencia del senador señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la misma iniciativa y no cambia la noción sobre el término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer”.

Así las cosas, el primer objetivo del presente proyecto es restituir la ubicación del delito de aborto en el Código Penal. Aquel, a nuestro entender hoy y bajo un vicio formal de inconstitucional, se ubica como un delito en contra de la moralidad pública y el orden de las familias, debiendo, por todo lo razonado, encontrarse entre los delitos en contra de las personas.

Esa misma razón, importa en los hechos un alza en la penalidad. Ello en atención a que el bien jurídico protegido es el mismo y no existe diferencia cualitativa, entre la vida antes y después del parto: ambas son humanas y dignas de idéntica protección.

Con todo, la mayor novedad del proyecto radica en el tratamiento que se propone para la mujer que incurre en el tipo. 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 salida.

En ese orden, el proyecto en primer lugar, consagra el arrepentimiento eficaz, como circunstancia eximente de responsabilidad de la mujer que comete aborto o permite que se lo causen y facilita frente a la no-ocurrencia de tal hipótesis, que el juez pueda siempre conmutar la pena privativa de libertad, impuesta a la mujer, por la realización de trabajos determinados a favor de la comunidad, lo que sin duda ayudarán con mayor eficacia la rehabilitación de la misma en torno a la vida.

Por de pronto, esta incorporación de figuras en que la mujer deja de ser victimaria y pasa a ser víctima traerá, a no dudarlo, un efecto secundario extraordinario. Quienes lucran, escandalosamente, con el aborto deberán desde ahora pensarlo muy bien antes de asumir su sanguinaria y lucrativa práctica, ya que sus pacientes podrán en cualquier tiempo arrepentirse y

quedando sin pena alguna y sufriendo estos homicidas todo el rigor de la ley.

En suma, honorable Cámara, el proyecto pretende:

1. Trasladar la ubicación del delito de aborto en el Código Penal, desde el Título en que se tratan los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, al Título que se refiere a los delitos contra las personas.
2. Modificar sus penas, en el sentido de aumentar las penas privativas de libertad, y agregar la pena de multa para los terceros que cometan este delito.
3. Incorporar el arrepentimiento eficaz, como circunstancia eximente de responsabilidad de la mujer que comete aborto o permite que se lo causen y facilita frente a la no-ocurrencia de tal hipótesis, que el juez pueda siempre conmutar la pena privativa de libertad, impuesta a la mujer, por la realización de trabajos determinados en favor de la comunidad, lo que sin duda ayudará con mayor eficacia a la rehabilitación de la misma en torno a la vida.

PROYECTO DE LEY:

“Artículo único.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones al Código Penal:

1. Intercálase como párrafo 3 del Título VIII del Libro Segundo el párrafo 1 del Título VII del mismo Libro, pasando en consecuencia los artículos 342, 343, 344 y 345 a ser artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D, respectivamente.

Los actuales párrafos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del referido Título VIII pasarán a ser párrafos 4, 5, 6, 7, 8 y 9, respectivamente.

2. Sustitúyase el artículo 342, que pasa a ser 394 A, por el siguiente:

“Artículo 394 A.- El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, si, aunque no lo ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3º Con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, si la mujer consintiere.”.

3. Sustitúyase el artículo 344, que pasa a ser 394 C, por el siguiente:

“Artículo 394 C.- La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Con todo, el juez una vez ejecutoriada la sentencia y en atención a su arrepentimiento y compromiso rehabilitador podrá conmutar siempre la pena por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad. La resolución que conmute la pena deberá señalar la naturaleza del trabajo a desempeñar, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento, se preferirá siempre a las instituciones que tengan una clara identificación a favor de la vida del que está por nacer. Se intentará siempre hacer compatible esta conmutación de la pena con la jornada laboral de la condenada, dándose preferencia a fines de semana y festivos para efectuar el trabajo comunitario. El incumplimiento de estas obligaciones hará exigible la sanción originalmente impuesta por el solo ministerio de la ley.

No se aplicará la pena indicada en el inciso anterior, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, para determinar el cuerpo del delito o sus autores,

cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento aludido”.

4. Reemplácese en el artículo 345, que pasa a ser 394 D, la oración “las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado” por la siguiente: “las penas de presidio señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado, y multa de cien a quinientas unidades tributarias mensuales”.

F) Muñoz-2003

Boletín N°: 03197-11
Iniciativa: Moción
Organismo: Salud
Cámara de origen: Cámara de Diputados
Materia: Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico (boletín N° 3197-11).

Sesión 49ª, en jueves 23 de enero de 2003

Moción de las Diputadas señora Adriana Muñoz, María Antonieta Saa, Carmen Ibáñez e Isabel Allende y de los Diputados señores Enrique Accorsi, Guido Girardi, Andrés Palma, Arturo Longton, Fulvio Rossi y Carlos Abel Jarpa.

“Considerando:

- 1.- Las diversas consecuencias psicosociales que, para los hijos y la familia en general, produce la pérdida de la vida o de la salud de la madre, en el sentido que no sólo se destruye un matrimonio sino que significa una experiencia traumática para los hijos, ya porque éstos deben sufrir la carencia afectiva, ya porque desaparece una persona fundamental en su proceso formativo, entendido este como transmisión de valores, conocimientos, etc.
- 2.- La gravedad de la situación de los hijos pequeños cuando la ausencia de la madre, pobre y/o soltera, fallecida, significa muy probablemente, su internación en Hogar de Menores en situación irregular, la vagancia o, en el mejor de los casos, su allegamiento en hogares ajenos.
- 3.- La Declaración de Oslo, adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial, en agosto de 1970 y, posteriormente, enmendada en octubre de 1983, por la 35ª Asamblea Médica Mundial, el sentido que es deber del médico asegurar la protección de sus pacientes y defender sus derechos dentro de la sociedad. Por tanto, donde la ley permite el aborto terapéutico, la operación debe ser ejecutada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso.
- 4.- Que el problema del aborto terapéutico, es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada, según lo plantea la misma Asamblea Médica, por lo que si el médico estima que sus convicciones no le permiten aconsejar o practicar un aborto, puede retirarse siempre que garantice que un colega calificado continuará dando la asistencia médica.
- 5.- La postura del Colegio Médico de Chile, consagrada en el artículo de su Código de Ética, en el sentido que “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.”
- 6.- La existencia de patologías que, en opinión de especialistas prestigiados en la comunidad médica, efectivamente ameritan la interrupción del embarazo. A saber: rotura de la bolsa amniótica, infección del huevo o la sepsis materna, embarazo ectópico tubario u ovárico, enfermedades trofoblásticas como la mola, síndrome trombocitopénico trombótico, embolia amniótica pulmonar, hipertensión portal, etc.
- 7.- El carácter extremadamente excepcional de la norma prohibitiva del Código Sanitario, ubica a Chile dentro de los 17 países en el mundo donde no es legal la interrupción del embarazo ni siquiera para salvar la vida materna. En todos los países desarrollados, incluyendo los

católicos como España, Portugal e Italia, el aborto terapéutico en sentido amplio (vida y salud materna) es legal y regulado.

Los únicos tres países en América Latina, en los cuales la interrupción del embarazo es completamente ilegal, son Chile, República Dominicana y Haití.

8.- La opinión casi unánime, vertida por la población chilena en diversas encuestas, en el sentido que el aborto debe tipificarse como un delito pero la legislación debe permitir la interrupción del embarazo en situaciones excepcionales. Así por ejemplo, la encuesta CERC de octubre de 1989, sobre una muestra representativa nacional de la población urbana y rural de 18 y más años, logró determinar que el “75,8 % cree que la interrupción debe permitirse por ley cuando está en juego la vida de la madre o la criatura vaya a nacer deforme”. El porcentaje subió a 76 % cuando la encuesta se hizo en junio de 1991. Cabe tener presente que el 76,5 % de los católicos y el 73,9 % de los evangélicos, según la misma encuesta, estimó que debe permitirse el aborto sólo en situaciones de urgencia.

Porcentajes similares es posible apreciar en las encuestas realizadas por APROFA-CERC (urbana 1989) (rural 1990), DIAGNOS (1984) y FLACSO (1988).

9.- Que, lo que se propone en el proyecto es totalmente coherente con nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido que son la propia Constitución Política de 1980 y el mismo Código Penal los que, reconociendo la vida como derecho y bien jurídico, en aras de otros derechos y bienes jurídicos, consagran salvedades y excepciones en la materia.

A modo de ejemplo, basta señalar el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política que, después de declarar “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El Derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona.”, a renglón seguido consagra como sanción la pena de muerte.

El Código Penal, por su parte, no obstante penaliza “el matar a otro” cuando tipifica el homicidio, el parricidio, etc., también consagra la legítima defensa e incluso privilegia, en más de una ocasión, la propiedad sobre la vida.

10.- Que, el Derecho Comparado, la Doctrina Penal y el propio Código Penal Chileno reconocen los “estados de necesidad justificantes”, es decir, circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor.

11.- Que, lo que se está proponiendo no es sino garantizar que, en cada caso particular, se de cumplimiento al artículo 19 N° 1, de la Constitución Política, en el sentido que ésta “asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica...”. De manera tal, que cuando haya que optar entre la vida del que está por nacer y la vida o integridad física o síquica de la madre, exista la posibilidad que la decisión, no buscada, se adopte atendiendo a los elementos afectivos, éticos y clínicos de los involucrados en la situación particular.

12.- 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.

13.- Que, no existe historia de la ley que permita analizar las consideraciones que el legislador de la época tuvo, para prohibir el aborto sustituyendo la norma contenida en el artículo 119 del Código Sanitario.

Los Diputados abajo firmantes, vienen en someter a la discusión y aprobación de este H. Cámara, el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

Artículo único: Agrégase al Artículo 119 del actual Código Sanitario, el siguiente inciso segundo:

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

V.2.- Análisis de proyectos en relación con los Derechos Sexuales y Reproductivos.

1.- Boletín N° 2608-11, proyecto ingresado con fecha jueves 19 de octubre de 2000, que actualmente se encuentra en la etapa de Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Salud. Moción de las diputadas señoras María Antonieta Saa, Fanny Pollarolo, Isabel Allende, Rosa González y Marina Prochelle y de los diputados señores Jaime Barrueto, Osvaldo Palma, Jarpa, Mulet y Ascencio. **Este proyecto de ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos, tiene por objeto establecer las normas jurídicas básicas de rango legal destinadas a respetar, asegurar los derechos sexuales y reproductivos de las personas.** Dada la importancia de esta materia es que analizaremos más a fondo esta iniciativa:

1.1.- En la parte introductoria, primero se lleva a cabo un diagnóstico de la situación del país en esta materia, que demostraría la necesidad de aprobación de esta ley marco. Habría una serie de variaciones en cuanto a las conductas en el comportamiento de los chilenos y chilenas que se manifestaría a través de: el incremento de la conciencia de la ciudadanía sobre la necesidad de la educación sexual, de la planificación familiar, de la protección de las relaciones sexuales, de la prevención y control del embarazo adolescente, de la prevención del VIH/SIDA, del rechazo de toda violencia de género, de la urgencia de abrir instancias legislativas para el divorcio, etc.⁴⁰².

Destaca también como circunstancia influenciadora de estas conductas, los cambios demográficos en la población, tendientes a una baja en las tasas de fecundidad de la población así como el aumento de la esperanza de vida. Pero, señala, aún falta desarrollo para solucionar los problemas de desigualdad de géneros.

Menciona el cambio en los modelos en cuanto a los roles del hombre y la mujer en la sociedad. Por un lado la mujer busca a través de su sexualidad no solo la maternidad, sino que también ve en esta una fuente de satisfacción. El hombre por su parte ve su rol más ligado a sus afectos.

Mediante el avance social que se vive en materia de sexualidad, se hacen necesarios cambios que permitan un mejor desarrollo y planificación de los derechos sexuales y reproductivos. Para que esta instancia sea vivida de acuerdo a los tiempos y al comportamiento real de las personas, con seguridad y el suficiente amparo legal que sería necesario.

Con este proyecto también se busca una integración directa de políticas de educación sexual en toda la población, con especial énfasis en la población adolescente. Esta muestra un aumento importante en cuanto a las tasas de embarazo adolescente y una necesidad de educar para prevenir abortos, contagio de enfermedades de transmisión sexual y SIDA. La ausencia de una política de salud sexual y reproductiva dirigida a esta población contradice los acuerdos internacionales tomados por el país en la Conferencia de El Cairo y de Beijing. En ellas se consagró que hombres y mujeres (jóvenes o adultos) tienen derecho a estar informados, a tener acceso a métodos de regulación de la fecundidad seguros, efectivos, aceptables, financiados y contar con formas efectivas de prevención de ETS⁴⁰³.

Las políticas de planificación familiar son aceptadas en la población adulta pero se ven como inadecuadas en la población adolescente, lo que impide la solución de embarazos precoces mediante políticas educativas de sexualidad. Las políticas públicas en salud sexual y reproductiva

⁴⁰² Boletín N° 2608-11.

⁴⁰³ UNFPA, Reunión Regional sobre Salud Sexual y Reproductiva de los Adolescentes en América Latina: un compromiso con el futuro, San José de Costa Rica, 1997.

están principalmente dirigidas a aquellas mujeres que están embarazadas o que ya han sido madres, lo que demuestra una falta de enfoque preventivo al tratar este tema.

En otro punto consideran como garantía de los derechos reproductivos y sexuales, todas las medidas tendientes a terminar con la violencia sexual, especialmente a nivel intrafamiliar. Se señala que la violencia que ejercen terceros es mucho más sancionada social y legalmente, que la que se ejerce dentro del núcleo familiar. Esto junto a la victimización secundaria son motivos que impiden que las denuncias correspondan a la realidad en esta materia. A propósito de este tema, se cuestiona la falta de aplicación en casos de violencia sexual de la anticoncepción de emergencia, que es considerada el mínimo por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, el Fondo de Población, UNICEF y la Organización Mundial de la Salud⁴⁰⁴.

En cuanto a la reproducción en Chile, se observan tasas de disminución de la fecundidad debido a factores económicos y a un mayor acceso a la planificación familiar durante los últimos 30 años. Se consigna la falta de acceso en el sistema de salud pública a métodos anticonceptivos de acuerdo a los estándares internacionales. Ya más en detalle, el proyecto habla de la falta de acceso a esterilización quirúrgica en el sistema de salud pública, ya que se exigen requisitos que en el sector privado no son necesarios para esta intervención. No sólo esto, también indica que la esterilización masculina no está contemplada en el sistema público, lo que implicaría una desigualdad de género, en cuanto a la responsabilidad en la planificación familiar. También se menciona la esterilización química, método experimental al que han sido sometidas mujeres en Chile sin conocer la falta de investigación en cuanto a los efectos secundarios de este procedimiento, lo que sería contrario a los derechos sexuales y reproductivos al tratarse de métodos de anticoncepción inseguros y riesgosos quizás para la salud de la mujer.

En cuanto al aborto se señala: El aborto inducido es un problema de salud pública puesto que constituye una de las primeras causas de muerte materna. Además de ser un problema de salud, colectivo e individual, se trata de un asunto de derechos humanos que involucra aspectos valóricos, psicológicos, sociales, legales, políticos y económicos. En Chile existe una prohibición absoluta del aborto, pues no se permite ni siquiera en los casos en que la vida de la mujer corre peligro. A pesar de ello, más de un tercio de los embarazos terminarían en abortos realizados en clandestinidad constituyendo un riesgo para la salud y vida de las mujeres.

Las razones de un aborto son múltiples. Los métodos a los cuales recurren las mujeres difieren según el estrato socioeconómico. Las más pobres recurren a maniobras abortivas de bajo costo y al riesgo por lo que la ley actúa permanentemente sobre ellas.

Estudios recientes sobre la incidencia del aborto inducido, indican que Chile tiene una de las tasas más altas de América Latina. Las estimaciones del número de abortos clandestinos que se practican anualmente en el país son de 159.650, con una tasa anual de 4.5 abortos por cada 100 mujeres de 15 a 49 años (The Alan Guttmacher Institute, 1994). Otros investigadores informan 150.000 (Viel B, 1990) y 200.000 (Requena M, 1990). Según el Informe Guttmacher, de 451.800 embarazos 35% terminaron en un aborto inducido. La principal causa de muerte materna la constituye el aborto, con una tasa de 9 por 100.000 nacidos vivos⁴⁰⁵. Según datos de Aprofa, en Chile se realizan 160 mil abortos clandestinos, de los cuales cerca del 9% corresponden a adolescentes⁴⁰⁶.

Los egresos hospitalarios por aborto en los servicios de salud públicos y privados del país en 1993 fueron 32.621, con una tasa de 112.3 por 1.000 nacidos vivos. Si se contabilizan sólo los

⁴⁰⁴ Boletín N° 2608-11.

⁴⁰⁵ Ministerio de Salud de Chile, "Programa de Salud de la Mujer". Serie 01: Programas de Salud, Santiago, 1997.

⁴⁰⁶ Aprofa, "Datos sobre salud sexual y reproductiva de los jóvenes en Chile", Santiago, 30 de junio del 2000.

abortos atendidos en SNS, el número es de 26.011 en 1993 y de 23.024 en 1995⁴⁰⁷. Según Guttmacher esta cifra llegó a 44.470 en 1990 y el número ajustado para excluir los abortos espontáneos fue de 31.930. Se calcula que una de cada cuatro mujeres requieren hospitalización después de un aborto⁴⁰⁸.

Luego se entregan datos acerca de distintas enfermedades que afectan a la población como el cáncer cérvico-uterino, el cáncer de mamas y el cáncer de próstata. Enfermedades que tienen altas tasas de mortalidad en nuestro país.

En otra materia, los estudios sobre calidad de atención y género indican que en servicios de salud reproductiva y planificación familiar en Chile, estos son escasos y recientes. Se detectaron problemas de infraestructura, insumos, conocimientos actualizados y falta de seguimiento de los pacientes.

1.2.- En el siguiente apartado se realiza un análisis de los fundamentos éticos, políticos y jurídicos del proyecto de ley.

Dentro de los **fundamentos políticos** se señala la coexistencia de derechos tendientes a fines sociales, comunitarios y derechos individuales que permiten la realización del sujeto como persona humana. Un estado democrático debe amparar estos derechos individuales respetando las distinciones y tendencias que existan en una comunidad. La sexualidad sería parte importante de la vida de los sujetos miembros de una sociedad: “(...) Los derechos sexuales y reproductivos buscan refundar la relación entre lo público y lo privado. Se trata de un cambio de paradigma en el campo de la vida sexual y reproductiva. A partir de los derechos sexuales y reproductivos las políticas de población y de fecundidad se desarrollan a través de la capacidad de regulación de las personas. Las múltiples dimensiones de la sexualidad la sitúan en el plano de la vida pública y justifican, en el marco de la construcción de ciudadanía, la promulgación de un proyecto de ley sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos (...)”⁴⁰⁹. Para remarcar la importancia de este proyecto se destacan tres conceptos centrales: libertad, autonomía e igualdad/equidad/empoderamiento.

Entre los **fundamentos éticos** encontramos la necesidad de poner a nivel legal las diferentes opciones que existen en materia de derechos reproductivos y sexualidad. Así como el reconocimiento, reflexión y discusión de estos. Se manifiesta este progreso respecto de formas políticas anteriores, puesto que estos derechos permiten la existencia de comunidades que al ser capaces de convivir con la diferencia incorporan los nuevos patrones culturales sobre sexualidad y afectividad. Así se permite una convivencia en democracia de las distintas maneras de ejercitar la sexualidad y la afectividad.

Entre los **fundamentos jurídicos del proyecto**. Se trata de una iniciativa que busca completar lo propuesto en el Art. 5º de la CPR, ya que los derechos sexuales y reproductivos en su evolución e inclusión en esta jerarquía se consolidan como una extensión de los derechos humanos.

1.3.- Entre los conceptos fundamentales en este proyecto destaca el siguiente concepto, central en este proyecto: “(...) Los Derechos Sexuales y Reproductivos son definidos como derechos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas, sin discriminación, y que permiten adoptar libremente, sin ningún tipo de coacción o violencia, una amplia gama de decisiones sobre aspectos consustanciales a la vida humana como son la sexualidad y la

⁴⁰⁷ Ministerio de Salud de Chile, “Programa...”, op. cit.

⁴⁰⁸ The Alan Guttmacher Institute, “Issues...”, op. cit.

⁴⁰⁹ Boletín N° 2608-11.

reproducción. Estos derechos implican contar con información y acceso a los servicios y medios que se requieren para ejercer estas decisiones. Se basan en el principio de la libertad sexual, lo que significa decidir por sí mismo, cuándo y con quién tener relaciones sexuales, libre de coacción, violencia, reproche, discriminación y sin otros límites que la no-trasgresión de la libertad sexual de otras personas. También conlleva el derecho a tener la posibilidad de alcanzar el máximo de placer, el bienestar y la felicidad posibles. Significa autodeterminar la vivencia, experiencia y significación de la propia sexualidad, tenga ésta o no una finalidad pro creativa, expresando la sexualidad a lo largo de toda la vida.

La libertad sexual comprende la libertad reproductiva. Esto significa que todas las personas pueden decidir libre, informada y responsablemente si desean o no procrear. Luego, todas las personas tienen derecho a decidir el número y espaciado de sus hijos (...)⁴¹⁰.

1.4.- El proyecto en sí, consta de 17 Arts. y 3 títulos, y tiene por objeto establecer las bases normativas generales para que el Estado asuma la responsabilidad de respetar, garantizar y promover los Derechos Sexuales y Reproductivos. Centra en el Estado toda la labor en ese sentido. En el título 1 que consta de 5 artículos contiene las Disposiciones Generales donde señala este papel preponderante del Estado. En el título 2, que consta de 2 artículos, da los Conceptos Generales y define los derechos sexuales y reproductivos y la salud sexual y reproductiva. En el título 3, que consta de 10 Arts., titulado Derechos Sexuales y Reproductivos, consagra una serie de derechos, como el de toda persona a disfrutar de la sexualidad, a ejercerla independiente de la reproducción y la libertad para elegir con quien vivirla. Regula también aspectos relacionados con la libertad en la planificación familiar, señala como actos discriminatorios o de violencia contra las mujeres y violación a los derechos humanos la esterilización sin el consentimiento directo de la mujer. Agrega el derecho a la información sobre métodos de regulación de la fecundidad y de prevención de ETS (enfermedades de transmisión sexual), al igual que el acceso a educación, orientación integral, afectiva y sexual desde temprana edad, por parte del Estado, etc.

El proyecto no se refiere directamente al aborto en ninguna de sus partes, salvo en sus fundamentos y en cuanto a prevenirlo, reconociendo los derechos sexuales y reproductivos y garantizando su protección, conocimiento y difusión, así como la libertad en ejercerlos, que se menciona más de una vez. Sin embargo, tampoco contiene un pronunciamiento que establezca algún límite a estos derechos, al contrario, los reafirma y consagra el deber del Estado de tutelarlos, pero no se refiere en ningún momento a coartarlos o restringirlos en virtud de otros derechos.

410

Boletín N° 2608-11.

2.- Boletín N° 3702-07, ingresado con fecha 7 de octubre de 2004, actualmente en Primer Trámite Constitucional, radicado en al Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Patrocinado por Enrique Accorsi Opazo, Guido Girardi Lavín, Jaime Quintana Leal, todos del Partido por la Democracia. **Este proyecto busca reformar la Constitución Política de la República con el objeto de establecer una nueva garantía constitucional en materia de derechos sexuales reproductivos.**

En la presentación este proyecto señala la diversidad de opiniones que existen en cuanto al momento en que se debe empezar a tutelar la vida del que está por nacer. Menciona las dos grandes corrientes: la seguida por Maurach que plantea que la vida comienza y debe empezar a protegerse desde la unión del gameto masculino con el femenino y la segunda seguida por profesores como Juan Bustos que plantean que dada la incertidumbre en cuanto al concreto desarrollo como vida hasta ese momento, en realidad la protección ha de comenzar desde el momento de la anidación del huevo en la pared del útero.

Menciona también el estatuto civil que solo se establece para efectos patrimoniales, en cuanto a que se es persona desde el nacimiento, lo que no resuelve el problema de definir cuando comienza la vida ni desde cuando esta se debe proteger.

En nuestro país se utilizan dos tipos de productos para impedir el embarazo el levonorgestrel y el progestágeno (hormona). Su utilización es permitida por la autoridad sanitaria en los siguientes casos: en caso de violación, cuando hay un uso incorrecto de los métodos anticonceptivos y cuando existe una relación sexual no planificada. Estos dos métodos son conocidos como la píldora del día después. Cabe mencionar que el levonorgestrel se encuentra presente en 56 fármacos de libre acceso a la población. En Chile ha sido resistida su aplicación masiva incluso mediante fallo de la Corte Suprema. Esto sin considerar la necesidad, opinión y derecho a la autodeterminación del sector más afectado por esta prohibición: las mujeres chilenas en edad fértil.

De acuerdo a esta introducción habría una intervención estatal en la facultad de autodeterminación sexual de la mujer. Por lo tanto, dado que planteada esta autodeterminación sólo como derecho subjetivo no es efectiva su protección, para ello se hace necesaria la reforma constitucional que se plantea. Con el objeto de garantizar con rango constitucional la libertad sexual y derechos reproductivos estableciendo además “(...) que ella comprende la libertad y autodeterminación del individuo para determinar y elegir el método anticonceptivo que sea más apropiado de acuerdo a la legislación sanitaria vigente, agregando que al Estado sólo le corresponde cautelar y garantizar el libre ejercicio de este derecho (...)”⁴¹¹.

Es interesante destacar que este proyecto busca garantizar la prevención y planificación familiar lo que no involucra la existencia de métodos abortivos o de interrupción del embarazo. Lo que si vendría considerado, sería la posibilidad de acceso a la píldora del día después. Esto de acuerdo a la perspectiva de los autores del proyecto, de que en caso de existir embarazo esta no produce ningún efecto por lo que su efecto no sería abortivo ni tampoco pasadas las 72 horas dentro de las cuales se debe aplicar el tratamiento⁴¹². El establecimiento de esta libertad como garantía constitucional, obligaría en teoría, al estado a disponer en el sistema público del método mencionado antes.

Importante es también destacar su aplicación en caso de violación, ya que al no permitirse su uso en estos casos, se viola la determinación de la mujer en cuanto a haber sido forzada a una relación sexual, no hay consentimiento, sino todo lo contrario. Se trataría de la imposición de un deber por parte del estado en caso de una relación sexual forzada, con todas las

411 Boletín N° 3702-07.

412 Ibidem.

secuelas físicas, psicológicas y sociales que conlleva este delito. No hay que desconocer las altas tasas existentes en Chile de agresiones sexuales, especialmente dentro de las mismas familias. Mediante su aplicación en este caso se terminaría con la imposición de una conducta, que es llevar a término un embarazo forzado, que no se condice con la libertad que debe existir en esta materia en un Estado que se dice democrático ni con la imposición de deberes creados en circunstancias tan atroces.

Es importante considerar que la garantía propuesta y más concretamente en cuanto a los mecanismos mencionados se vuelve una verdadera alternativa de salud sexual. Esto, ya que las políticas públicas de educación sexual, entendiéndoselas dentro de la afectividad, no han mostrado resultados por ejemplo en la evitación de embarazos no deseados. Lo que lleva a considerar más coherente que la falta de educación se subsane con estas medidas.

Luego de la fundamentación anterior propone el siguiente proyecto de ley:

Art. Único: Introdúcese la siguiente modificación a la Constitución Política de la República. Agrégase a continuación del numeral 1 del Art. 19 un numeral 2 nuevo bajo el siguiente tenor, pasando el actual numeral 2 a ser número 3 correlacionando en consecuencia los restantes numerales de igual artículo

"2. ° el derecho a la libertad sexual y reproductiva.

Este derecho corresponde especialmente a la mujer y comprende la libertad y autodeterminación para elegir los métodos científicamente más apropiados para la prevención y planificación del embarazo.

Al estado le corresponde garantizar, promover, informar y orientar acerca del ejercicio de este derecho.

Este proyecto es muy interesante, tanto por sus fundamentos como por la medida que propone. Unido al proyecto ya analizado de derechos sexuales y reproductivos, si bien ninguno de ellos ha entrado a discusión, creemos que es desde este punto de vista desde el que debiera legislar sobre esta materia en Chile. Si bien el proyecto no se refiere al aborto en sus fundamentos, de la sola lectura de la modificación propuesta, unida a su ubicación en la constitución, sería posible contraponer al menos el derecho de la mujer con la protección de la vida del feto.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Recursos Legislativos

1. Actas de formación de la ley N° 18.826, del año 1989. Expediente de tramitación del proyecto de la ley N° 18.826, Boletín N° 986-07, ingresado el 8 de julio de 1988.
2. Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, “Código Penal Chileno y Actas de la Comisión Redactora con estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba”, Valparaíso, Ed. EDEVAL, 1974.
3. Actas Oficiales de La Comisión Constituyente, República de Chile, v.3, Sesiones 83-115, octubre 74 a abril 75. Garantías constitucionales. Capítulo tercero, Ejemplar N° 21, Santiago, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1976-1983.
4. Código Civil de la República de Chile.
5. Código de Procedimiento Civil de la República de Chile.
6. Código de Procedimiento Penal de la República de Chile.
7. Código Penal Alemán de 15 de mayo de 1871 con la reforma de 31 de enero de 1998 traducido por Claudia López Díaz de la versión publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998. [en línea]. Disponible en web <http://www.unifr.ch/derechopenal/ley.htm>.
8. Código Penal de la República Argentina [en línea]. Disponible en web http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/cp_argentina.htm.
9. Código Penal de la República de Chile.
10. Código Sanitario de la República de Chile.
11. Constitución Política de la República de Chile.
12. Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).
13. Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 329ª, Ordinaria, Sesión 16ª, martes 2 de agosto de 1994.
14. Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 331ª, Ordinaria, Sesión 20ª jueves 20 de julio de 1995.
15. Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, Legislatura 338ª, Ordinaria, Sesión 14ª, miércoles 15 de julio de 1998.
16. Legislación Alemana. Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia, del 21 de Agosto de 1995.
17. Legislación Francesa. Ley N° 75-17 del 17 de enero de 1975 relativa a la interrupción voluntaria de embarazo (Ley Viel).

18. Legislación Italiana. “L’ *Interruzione volontaria della gravidanza*”. *Leggio* N° 194, 22 maggio, 1978.

Entrevistas

1. Entrevista a diputada Adriana Muñoz realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, a las 11:00 horas, Congreso Nacional, Valparaíso.
2. Entrevista a diputada Marcela Cubillos realizada con fecha 7 de septiembre de 2005, a las 13:00 horas, Congreso Nacional, Valparaíso.

Textos y Estudios Especializados

1. Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, 607p.
2. Barzelatto, José y Faúndez, Aníbal, “El drama del aborto. En busca de un consenso”, Bogotá, Tercer Mundo Editores del grupo TM S.A., 2005, 253p.
3. Bustos, Juan, Grisolfá, Francisco y Politoff, Sergio, “Derecho Penal Chileno. Parte especial”, 2ª ed., Santiago, Ed. Encina, 1971, v.1.
4. Bustos, Juan, Grisolfá, Francisco y Politoff, Sergio, “Derecho Penal Chileno, Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas”, 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile. 1993, tomo II.
5. Cardich, Rosario y Carrasco, Frescia, “Desde las mujeres. Visiones del aborto. Nexos entre sexualidad anticoncepción y aborto”, Lima, Movimiento Manuela Ramos, *The Population Council*, 1993, 149p.
6. Casas Becerra, Lidia, “Mujeres Encarceladas por aborto”, Santiago, Ed. LOM, 1996. 108p.
7. Casas, Lidia y Chaimovich, Claudia, “La situación del aborto en Chile”, Informe preparado para CLADEM, Chile, 1997.
8. Cea Egaña, José Luis, “El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica”, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, 477 p.
9. Cea Egaña, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2004, tomo I.
10. Cousiño Mac Iver, Luis, “Derecho Penal Chileno, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1975, tomo II.
11. Cousiño Mac-Iver, Luis, “Manual de medicina legal”, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1974, 498p.
12. Cruz Coke, Carlos, "Manual de educación cívica" 8ª ed., Santiago, Ed. Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, 2005, 321p.

13. Cuello Calón, F, “Cuestiones penales relativas al aborto”, Barcelona, Ed. Librería Bosch, Ronda de la Universidad 5, 1931, 133p.
14. Cury, Enrique, “Derecho Penal Parte General”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999, tomo I.
15. Del Río, José Raimundo, “Derecho Penal”, Santiago, Ed. Nacimiento, 1947, tomo III.
16. Diez Urzúa, Sergio, "Personas y valores: su protección constitucional", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999, 411p.
17. Dughman, Sandra y Paiva, Marcela, “Síndrome post aborto: La destrucción de un Mito”, ensayo ganador Concurso de Ensayos sobre Derechos de las Humanas 2003-2004, Casa de la Mujer La Morada, Santiago, 2004, págs. 85-108.
18. Encíclica *Evangelium Vitae y Mulieris Dignitatem* de Juan Pablo II, 25 de marzo de 1995. N° 14.
19. Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal Parte General” con la colaboración del profesor Jorge Ferdman, 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica, 1998, tomo III.
20. Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, prólogo de Sebastián Soler, 2ª ed., Ed. Gabriela Mistral, 1976, tomo III.
21. Evans de la Cuadra, Enrique, “Los derechos Constitucionales”, 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, tomo I.
22. Faúndes, Aníbal, “Aspectos médicos del aborto inducido”, Ponencia presentada en el Encuentro de Parlamentarios de América Latina y El Caribe sobre el aborto inducido, Bogotá, octubre 1998.
23. Flecha, José Román, “La Fuente de la Vida. Manual de Bioética”, 3ª ed., Salamanca, Editorial Sígueme, 2005, 430p.
24. Foro Abierto de Salud y derechos Sexuales y Reproductivos, “Proyecto Ley Marco sobre Derechos Sexuales y reproductivos”. Una iniciativa de la sociedad Civil, Santiago, Marzo 2001.
25. Foro de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos-Chile, Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe (RSMLAS), “Atención humanizada del aborto inseguro en Chile”, Santiago, septiembre de 2003.
26. Gafo, Javier, “10 palabras clave en Bioética”, Estella, Navarra, Ed. Verbo Divino, 1993, 63p.
27. Garrido Montt, Mario, “Derecho Penal”. Parte especial. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. 1997, tomo III.
28. Grau, Olga, Delsing, Riet; Brito, Eugenia y Farias, Alejandra, “Discursos, Género y Poder. Discursos públicos: Chile 1978-1993”, Santiago, Ed. LOM-Universidad ARCIS. 1997, 320p.
29. Labatut, Gustavo, “Derecho Penal. Parte Especial”, 7ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1979-1983, 2º v..

30. Labatut, Gustavo, “Derecho Penal”, 9ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1990, tomo II.
31. Lagos, Claudia, “El aborto en Chile”, Santiago, Ed. LOM, 2001, 134p.
32. Lillo Traverso, Valeria Francesca, “Estudio jurídico, dogmático y jurisprudencial de la cooperación eficaz y el arrepentimiento eficaz en la legislación chilena”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2004.
33. Martínez Estay, José Ignacio, “Constitución, derecho a la vida y aborto”, En: XXVª Jornadas de Derecho Publico. Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso. 17 al 19 de noviembre de 1994, tomo I, págs. 99-110.
34. Ministerio de Salud de EE.UU, “El aborto”, Publicación del Departamento de Educación para la Salud, EE.UU, 2001, 25p.
35. Nogueira, Humberto, Pfeffer, Emilio y Verdugo, Mario, “Derecho Constitucional”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, tomo I.
36. Nogueira, Humberto, Pfeffer, Emilio y Verdugo, Mario. “Derecho Constitucional”, 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, tomo II.
37. Novoa Aldunate, Eduardo, “El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica”, Memoria N° 46, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Santiago, Universidad Católica de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1969, 103p.
38. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, Mª Cecilia., “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, 609p.
39. Schepeler Raveau, Manuel, “El delito de aborto”, Memoria N° 18, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Santiago, Universidad Católica de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1967, 103p.
40. The Alan Gutmacher Institute, “Issues in brief: An overview of clandestine abortion in Latin America”, AGI, 1996.
41. Urría Hering, Pablo, “Fundamentación médico legal del aborto terapéutico”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1993, 90p.
42. WHO, “The prevention and management of unsafe abortion. Report of a Technical Working Group”, Ginebra, 1992.
43. WHO, “Complications of abortion: technical and managerial guidelines for prevention and treatment”, Ginebra, 1994.
44. WHO, “Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of and mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data”, 3ª ed., Ginebra, 1998.

Artículos de Revistas Especializadas y Documentos

1. Asamblea Médica Mundial N° 24, Realizada en agosto de 1970 y posteriormente enmendada en Octubre de 1983, por la 35° Asamblea Médica Mundial.
2. Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, Revista Derecho y Humanidades. Santiago, (10):143-181, 2004.
3. CEDAW, “Observaciones finales del comité por la eliminación de la discriminación contra la mujer”. Chile. Números 8°, 9° y 21°, período de sesiones del 7 al 25 de junio de 1999.
4. Domingo, Rafael, “El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, Revista Chilena de Derecho, 21(2):273-281, 1994.
5. Dr. Mauricio Besio Rollero, “Sobre el aborto terapéutico consideraciones éticas” Revista Médica de Chile, Centro de Bioética, departamento de Obstetricia y Ginecología, Pontificia Universidad Católica de Chile, (125), 1997.
6. Dr. Carlos Valenzuela, “Ética científica del aborto terapéutico”, Revista Médica de Chile (131):562-568, 2003.
7. Fundación Chile Unido con la colaboración de Angela Vivanco, “Discusiones sobre aborto terapéutico”, Corriente de Opinión, (17), 1999.
8. Instituto Libertad y Desarrollo, “Comentarios al proyecto que legaliza el aborto terapéutico”, Reseña legislativa (68), 30 de noviembre de 1991, 7p.
9. Instituto Libertad y Desarrollo, Reseña Legislativa (207), del 3 al 9 de septiembre de 1994, 39p.
10. Marzi Rivera, Hugo, “Algunas consideraciones negativas acerca del arrepentimiento eficaz”, Gaceta Jurídica, Santiago, (147):17, septiembre, 1992.
11. Pbro. Fernando Chomalí, “Lo que opina la iglesia sobre el aborto terapéutico”, Santiago, Centro de Bioética, Publicaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002.
12. Rodríguez, Luis, “El delito de aborto frente a la Constitución de 1980”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (14):385-387, 1991.
13. Ruis Pulido, Guillermo, “Breve ensayo sobre cooperación eficaz”, Gaceta Jurídica, Santiago, (227):16, mayo 1999.
14. UNFPA, Reunión Regional sobre Salud Sexual y Reproductiva de los Adolescentes en América Latina: un compromiso con el futuro, San José de Costa Rica, 1997.
15. Vivanco, Ángela, “La verdad sobre el aborto terapéutico”, Revista Libertad y Desarrollo, (93):18-21, diciembre 1999.
16. Zoder, Isabel, “Reforma y regulación legal de aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, (49):219-280, 1996.

Recursos en Línea

1. “Advierten peligros de diagnósticos prenatales”, [en línea], portal Chile.com, disponible en web http://www.chile.com/tpl/articulo/detalle/masnotas.tpl?cod_articulo=30629.
2. “Oposición pedirá revisar constitucionalidad de la ‘píldora del día después’”, [en línea] El Mostrador, 5 de mayo del 2004, disponible en web: http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_impresion.asp?id_noticia=.
3. Bennett N. Verónica y Schnake Ferrer, Christian, “Síndrome Del Post-Aborto (SPA)”, [en línea], disponible en web <http://www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-chnake01.htm>.
4. Cardenal Francisco Javier Errázuriz Ossa, “Documento a los miembros de nuestra Iglesia en la Arquidiócesis de Santiago”, [en línea], Santiago, 1º de mayo 2004, disponible en web en: <http://www.iglesia.cl>.
5. Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, “Derechos Reproductivos 2000: Hacia adelante”, [en línea], Nueva York, EE.UU, 2001, disponible en web: http://www.crlp.org/esp_pub_bo_rr2k.html.
6. Colegio Médico de Chile “Nuevo Código de Ética del Colegio Médico de Chile, Título II, deberes generales del médico”, año 2004, [en línea], disponible en web en: www.colegiomedico.cl.
7. Connelly Thomas, John y Valderrama Hoyl, Pablo. “Respuesta a un consulta sobre La Delación Compensada en el Sistema Judicial Norteamericano” [en línea], en Serie estudios / Biblioteca del Congreso Nacional. (Santiago, Chile). v.2 (abr.1993), p.10-14, disponible en web http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/ladesola.htm.
8. Connelly, Thomas John. “La Figura del ‘testigo de la corona’ o ‘terrorista arrepentido’: estudio en derecho comparado en la legislación anti-terrorista de Italia, España, Francia y Alemania y en la legislación chilena vigente”, [en línea], en Serie estudios / Biblioteca del Congreso Nacional. (Santiago, Chile). Año I, no.6 (mar.1991), 33p. y Año I, no.6-A (abr.1991), disponible en web http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/lafigura.htm.
9. Dr. Carlos Valenzuela, “Aborto terapéutico y ética científica”, [en línea], artículo para el Colegio Médico de Chile, publicado el 6 de junio del 2005, disponible en web: www.colegiomedico.cl/popup-noticia.asp.
10. Greenburg, Mary Lou. “El derecho a escoger y la liberación de la mujer”, [en línea], disponible en web: http://rwor.org/a/v19/940-49/940/mlg_s.htm.
11. Kottow, Miguel, “Bioética del comienzo de la vida humana ¿Cuántas veces comienza la vida humana?”, [en línea], texto publicado en Bioética (Sao Paulo) 9, 2001, págs. 25-42, disponible en web en: www.colegiomedico.cl, sección publicaciones.
12. Lacadena, Juan Ramón, “El inicio de la vida”, [en línea], Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa, España, 2002, disponible en web: www.cnice.mecd.es.

13. Medline plus, Enciclopedia Médica. Un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. y los Institutos Nacionales de Salud, [en línea], disponible en web: < www.medline.com.>
14. Ministerio de Salud de Chile y Organización Panamericana de la Salud (OPS). Documento de Trabajo “Género, Equidad y Reforma de la Salud en Chile”, [en línea], 2002, Documento 4, pág. 4, disponible en web: <http://www.paho.org/spanish/hdp/hdw/sexualreproductiverights.pdf>.
15. Neira Miranda, Jorge. “Aborto: aspectos clínicos y epidemiológicos”, [en línea], ARS Médica, Revista de estudios Médicos y Humanísticos, v. 6, N° 6, disponible en web <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica6/Art07.html>

Artículos de Prensa

1. “Apoyo y rechazo a legislar sobre la práctica prohibida”, El Mercurio, Santiago, 18 de enero de 2003, pág. C12.
2. “Colegio Médico llama al Gobierno a pronunciarse sobre aborto terapéutico”, El Mercurio, Santiago, 15 de enero de 2003, pág. C10.
3. “Críticas UDI a proyecto de derechos sexuales”, El Mercurio, Santiago, 10 de octubre de 2000, pág. C4.
4. “El derecho a la vida parlamento juvenil” El Mercurio, Santiago, 21 de abril 2002, pág. C4.
5. “Encargan a influyente estudio de abogados la defensa de la píldora del día después”, La Segunda, Santiago, 12 de julio de 2004, pág. 12.
6. “Iglesia rechaza proyecto sobre derechos sexuales”, El Mercurio, Santiago, 27 de septiembre de 2000, pág. C5.
7. “Papa califica el aborto de crimen abominable”, El Mercurio, Santiago, 8 de agosto de 1994, pág. A4.
8. “Penalizar no Basta”, El Mercurio, Santiago, 7 de agosto de 1994, pág. A2.
9. “Senador Larraín propone aumentar penas por aborto”, El Mercurio, Santiago, 26 de julio de 1994, pág. C4.
10. “UDI presentó proyecto de ley, piden no sancionar a mujeres que abortan”, Las Últimas Noticias, Santiago, 26 de julio de 2002.
11. “UDI promueve castigo a tontos que realizan abortos y no a ellas: proponen ‘perdonar’ a féminas que sapeen a reyes del raspaje”, La Cuarta, Santiago, 26 de julio de 2002, pág. 8.
12. Casas, Lidia, Dides, Claudia y Magaña, Álvaro, “Derechos sexuales y reproductivos”, El Mercurio, Santiago, 1º de octubre de 2000, Sección Cartas, pág. A2.