



“Evolución histórica del aborto terapéutico en Chile y la necesidad de legislar más sobre el tema”

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas

Autor: Shirley Katherine Palma Arnez

Maestro guía: Alejandro Alarcón Quinteros

Santiago de Chile

2017

ÍNDICE

Introducción	Pág. 4
Hipótesis y Problemática que presentaba	Pág. 6

CAPÍTULO I

1. El Aborto	Pág. 7
1.1 Como trataba el Código Penal el Aborto	Pág. 8
1.2 Fundamento del aborto Terapéutico	Pág. 11

CAPITULO II

1. Derecho a la Integridad Personal	Pág. 14
2. Derechos Sexuales y Reproductivos	Pág. 15

CAPÍTULO III

Evolución Histórica del Aborto Terapéutico en la Legislación Chilena.

1. Código Penal	Pág. 18
2. Código Sanitario de 1931 y Modificación del Año 1967	Pág. 19
3. Historia de la Ley 18.826 de 1989	Pág. 24
3.1 Objetivos que presentaba el Proyecto de Ley que, Modificando el Código Penal y el Código Sanitario.	Pág. 24
3.2 Estructura del proyecto de ley	Pág. 25
3.3 Argumentación del aborto terapéutico Contenida que contenía	Pág. 26
3.3.1 Opiniones de médicos	Pág. 27

CAPÍTULO IV

1. Perfil de las mujeres que recurren al aborto	Pág. 33
2. Argumentos en Torno al Aborto Terapéutico	Pág. 33
2.1 Comienzo de la Vida y el Derecho a la Vida	Pág. 33
2.2 Argumentos de la Salud	Pág. 35
3. El Principio de la Exigibilidad Diferenciada	Pág. 37
4. La Privacidad	Pág. 40
5. La Autonomía	Pág. 41
6. Derecho a la Igualdad	Pág. 44
7. El Argumento Religioso	Pág. 46
8. El Argumento de las Políticas Demográficas	Pág. 47
9. Las Causas de Justificación y la Doctrina del Doble Efecto	Pág. 49
Conclusiones	Pág. 51
Bibliografía	Pág. 53

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna tomar la decisión de abortar es difícil, pero no hay que dejar de lado el hecho de que existen muchas razones por la cual una mujer se puede ver en la necesidad de tomar esta decisión, ya sea por circunstancias personales, un riesgo para la salud o, tal vez, un riesgo de que el bebé tenga una enfermedad. El debate radica principalmente en que para muchas personas el aborto, cualquiera sea la circunstancia que lleve a la mujer a realizarlo es un crimen, mientras que para otros, es un derecho de la mujer, quien debe poder tomar decisiones que afecten su propio cuerpo.

Anteriormente la práctica de los abortos era un método generalizado para el control de la natalidad. Después fue restringido o prohibido por la mayoría de las religiones, pero se consideró una acción ilegal hasta el siglo XIX. Y es así como este tema ha ido cobrando mucha importancia, debido, principalmente, al alto contenido ético que conlleva, además de conllevar un problema de salud pública.

En Chile el aborto estaba penalizado en todas sus formas, no existían excepciones legales a esta prohibición, sin embargo en el gobierno de Michelle Bachelet se presentó en 2015 un proyecto de ley que despenalizaba parcialmente el aborto, únicamente en las causales de violación, inviabilidad fetal y riesgo de vida de la madre. Dicho proyecto fue aprobado por el Congreso Nacional el 3 de agosto de 2017 y luego fue refrendado por el Tribunal Constitucional el 21 de agosto del mismo año. La ley fue promulgada el 14 de septiembre de 2017.

Lo que implica un paso trascendental, teniendo en cuenta que Chile tiene una cultura fuertemente influenciada por los valores cristianos. Desde la época colonial, el aborto se considera una conducta moral y socialmente reprochable, aunque ocultamente se practicaran abortos mediante infusiones, yerbas u otros métodos naturales. La legislación sobre el aborto en Chile estaba considerada como una de las más restrictivas del mundo ya que consideraba punible el aborto

en cualquier circunstancia, incluso en caso de aborto terapéutico en su sentido amplio. En 1963 la **Corte Suprema** bajo sentencia dictaminó que el aborto era la *“interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de evitar el nacimiento del feto o detener el curso natural del embarazo”*. La pena por este delito era de 3 a 5 años por obtener un aborto y de 541 días a 3 años por proveer un aborto.

La despenalización del aborto en dichas causales era necesaria para terminar con *“las situaciones de vulnerabilidad y violencia que afectan a las mujeres que buscan la interrupción del embarazo”*. *La penalización total del aborto en nuestro país constituía una forma de violación de los derechos humanos de las mujeres.*

La cual se regulaba en **Código Penal**, en los artículos 342 a y 345, bajo el título de *“Crímenes y Delitos contra el Orden Familiar y la Moralidad Pública”*, y en el **Código Sanitario**, en el artículo 119, que prohibía toda acción cuyo fin sea provocar un aborto. Producto de la prohibición del aborto terapéutico en nuestro país, se veían afectados los derechos humanos de las mujeres de diversas formas. El derecho a la vida, a la integridad física y psíquica se ve vulnerado, por ejemplo, cuando la salud o vida de las mujeres es puesta en riesgo, en casos en que si no se practica la interrupción del embarazo se producirá la muerte o el grave deterioro de la salud de la embarazada. Por otro lado, también se veían afectados derechos como la igualdad, puesto que la prohibición absoluta del aborto implica prohibir un procedimiento clínico que sólo es requerido por mujeres, y por lo tanto negar este procedimiento constituye una forma de discriminación en su contra. Otros derechos que se veían afectados por esta prohibición son los derechos sexuales y reproductivos, los cuales han sido reconocidos por diversos tratados y convenciones internacionales ratificados por Chile. Esta tesis tiene por objeto dar un avista amplia de los fundamentos e importancia de la despenalización del aborto en Chile, haciendo un análisis respecto de su evolución histórica, revisando algunos conceptos de importancia y derechos que se vulneraban con la prohibición absoluta del aborto, como el derecho a la integridad personal, derechos sexuales y reproductivos, entre otros

HIPÓTESIS Y PROBLEMÁTICA QUE SE RESENTABA

Si bien el Aborto Terapéutico fue permitido por el Código de Salud entre 1931 a 1989, en dicho período toda mujer cuya vida estuviera en peligro podía solicitar un aborto si contaba con la aprobación de dos médicos. Sin embargo en 1989, producto de los dictadura militar, como una más de sus intervenciones, elimina la excepción del aborto terapéutico, provocando así una vulneración a los derechos humanos de las mujeres *"La penalización total del aborto en nuestro país constituía una forma de violación de los derechos humanos de las mujeres"*. Ello implicaba que según la regulación penal Chilena de la época **"Se Considera a la mujer y el valor de su vida como un bien jurídico, subordinado al feto en gestación"**. Esta consideración era reforzada por la Constitución de 1980, en el Artículo sobre las Garantías y Derechos de las Personas, en el párrafo que garantiza la protección de *"la vida del que está por nacer"*, separando esta vida de quien la concibe y de su libertad para decidir respecto del embarazo.

Produciéndose así graves riesgos a los que se exponían las mujer que decidían abortar, quienes estaban obligadas a recurrir al mercado negro en busca de fármacos, como el **"Misotropol"** (su precio fluctúa entre 40 mil y 125 mil pesos) cuyo acceso es contralado por mafias, o que son chantajeadas y estafadas en este proceso. Además, se exponen a situaciones sanitarias de alto riesgo, que atentan contra su vida, A diferencia de las mujeres con más recursos quienes viajan a abortar en otros países. La realidad es que todavía se ven abortos rudimentarios, en pésimas o nulas condiciones sanitarias, especialmente en sectores rurales, con introducción en la vagina de ramas de apio o palillos, sondas y lavados con detergente, o raspados y aspiración sin anestesia. Acá hay un problema de clase, de mercado, pero también hay que preguntarse **¿Por qué el Estado condenaba el aborto en todo circunstancia?** La persecución penal por abortar era reducida y selectiva, siendo las mujeres pobres quienes resultan mayoritariamente castigadas. De esta forma la prohibición absoluta del aborto "violentaba gravemente los derechos humanos de las mujeres, por lo que la necesidad de legislar al respecto se presentaba como urgente y necesaria".

CAPÍTULO I

EL ABORTO.

El aborto puede ser definido como “*La interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas*”. Para la **OMS** (*Organización Mundial de la Salud*) el término “*aborto*” se aplica a la terminación del embarazo, cualquiera que sea su causa, antes de que el feto esté capacitado para la vida extrauterina, pudiendo el aborto ser:

- ✓ **Espontáneo:** Ocurre cuando un embarazo termina antes de la viabilidad, es decir, antes que el feto o embrión pueda sobrevivir fuera del útero materno, sin que exista ninguna intervención externa, lo cual puede ser causado por enfermedades de la madre o por defectos genéticos del embrión.
- ✓ **Inducido:** (*provocado*) Es la interrupción del embarazo debida a una intervención externa deliberada, la cual podrá realizarse por distintos medios y podrá ser o no lícita dependiendo de la legislación del país en que nos encontremos.

Esta visión del aborto como espontáneo o inducido, corresponde a un punto de vista médico, Sin embargo para objeto de esta tesis, nos interesa el aborto en su definición legal, el aborto como delito, antes de su legalización en tres causales.

Elementos del aborto:

- ✓ La existencia de un embarazo, sea cual fuere el grado de evolución de este estado.
- ✓ El aborto deberá estar dirigido a provocar la destrucción del producto de la concepción, a través de la interrupción del embarazo.

- ✓ El aborto requerirá que el embrión o feto esté vivo y además que éste tenga viabilidad intrauterina, es decir, la posibilidad de continuar su desarrollo natural en el seno de la madre.
- ✓ La destrucción o muerte del embrión o feto deberá producirse dentro del vientre materno.

1.1 Como se trataba el aborto en el código penal

El Código Penal regulaba el aborto en los **Artículos 342 y siguientes**. Del análisis de esta regulación es posible concluir que se existían tres figuras de aborto:

1.- Aborto provocado por un tercero no profesional de la salud: Es necesario distinguir dos posibles alternativas:

A.- Que sea llevado a cabo con el consentimiento de la mujer: (Hipótesis regulada en **Artículo 342 Nº 3 del Código Penal**) el cual señalaba que este delito era castigado “con la pena de presidio menor en su grado medio, si la mujer consentía en ello”. Este consentimiento debía ser otorgado por una mujer con capacidad penal, imputable, y debía otorgarse libremente, al margen de toda coacción. Debía, además, ser explícito.

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

B.1- Con violencia: Situación regulada por los **Artículos 342 Nº 1**, el cual sancionaba el actuar doloso de un autor que persigue provocar el aborto, y se castiga “con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada; y el **Artículo 343**, que se refiere a la situación de un autor que, sin tener el propósito de provocar el aborto, termina ocasionándolo con violencia, siempre que el estado de embarazo de la mujer haya sido notorio o le hubiese constado al autor.

De acuerdo con este último artículo “será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto,

aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”.

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

B.2- Sin violencia: Sancionado en el **Artículo 343 N° 2**, el cual señalaba que el que maliciosamente causare un aborto será *castigado “con presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza violencia, obrare sin consentimiento de la mujer”*. La sanción que corresponde en este caso es más grave que aquella que se daría a quien actuase con el consentimiento de la mujer, puesto que en este caso además de existir un atentado a la vida del **Nasciturus** (*al concebido y no nacido*) hay un atentado contra la libertad de la mujer

2.- Aborto causado por la propia mujer o con su consentimiento: Se trata de una figura de hipótesis múltiple, descrita por el artículo 344.

Por un lado se refiere a la mujer que consiente en que un tercero le practique un aborto, y por otro al **“auto aborto”**, es decir, al aborto que la misma mujer embarazada se provoca. Es una figura calificada, ya que se agrava la sanción correspondiente al delito por ser la mujer la que se realiza el aborto o consiente en que otro lo haga, existiendo de su parte la voluntad de abortar.

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

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

La doctrina ha entendido que el término facultativo ha de comprender cualquier profesión relativa al ejercicio de la medicina, no quedando limitada esta expresión a los médicos. Así, quedara incluido todo profesional que *“haya seguido y terminado estudios sobre el arte de sanar, como el odontólogo, el kinesiólogo, la enfermera universitaria, la dietista y en general, profesiones análogas”*. El facultativo debía intervenir en el aborto en calidad de autor o de partícipe y abusando de su oficio. Esto significa que el facultativo intervendrá ejerciendo su actividad, pero abusando de su ejercicio, entendiéndose por tal abuso aquel

ejercicio de la función curativa que sobrepasa los límites que ha fijado la **Lex Artis Médica**. Ahora bien, si en el ejercicio de su profesión un médico causare un aborto con culpa, su comportamiento no podría ser sancionado puesto que no hay aborto culposo punible. En este caso su actuar sólo podría subsumirse en el delito falta descrito en el **Artículo 494 N° 10**, el cual castiga el descuido culpable del médico que no causa daño a la personas

1.2 Fundamentos del aborto terapéutico.

El aborto terapéutico corresponde a un tipo de aborto inducido, por medio del cual se busca la interrupción voluntaria de un embarazo antes de la viabilidad fetal. Sin embargo definir lo que debe entenderse por aborto terapéutico es una cuestión bastante compleja. Se ha cuestionado incluso que la palabra “*terapéutico*” sea la indicada para referirse a abortos que obedecen a motivos de salud. Uno de los problemas para definir el aborto terapéutico es que bajo esta denominación los distintos autores han considerado hipótesis diversas. Por ejemplo, bajo el término de aborto terapéutico se habla de:

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

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

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

Nuestra legislación contemplaba la existencia del aborto terapéutico, el cual estuvo permitido entre los años 1931 y 1989. El **Código Sanitario** en su artículo 119, autorizaba la realización de abortos terapéuticos en los siguientes términos: **“Artículo 119. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.** Esta disposición fue modificada por la **Ley Nº 18.826**, de 15 de Septiembre de 1989, siendo reemplazada por la siguiente: **“Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”** De esta manera se establecería una prohibición absoluta del aborto en Chile, sin que se considere ningún tipo de excepción al respecto.

Artículo 119 en la actualizada establece que, “mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano”, en tres causales:

- 1.- La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2.- El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
- 3.- Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

En los incisos siguientes, el artículo 119 establece que la mujer “deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo”, y establece las formas de establecer esa voluntad en casos de discapacidad, y en los que se requiere un representante legal, como la interdicción por demencia y las

niñas menores de 14 años. En ese último caso, si no hay autorización por el representante de la niña, ella “asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal”. En los casos en que la interrupción del embarazo se realice por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su(s) representante(s) legal(es).

También se establece el derecho de la mujer de acceder a un programa de acompañamiento, “tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo anterior y posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso”

CAPITULO II

1. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.

El derecho a la integridad física y psíquica se encuentra consagrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una garantía constitucional en el **Artículo 19 N° 1 de la Constitución**, el cual señala que : “*La Constitución asegura a todas las personas: 1°. El derecho a la vida y a la integridad física y síquica.*”

El derecho a la vida implica el derecho a la integridad física y síquica. El inciso final del artículo 19 N° 1 de la Constitución prohíbe, además, la aplicación de todo apremio ilegítimo, como lo serían tormentos físicos, apremios psicológicos, tortura de toda índole, malos tratos crueles de palabra o de obra que produzcan serios daños en el cuerpo o en la mente de la víctima. Este derecho también goza de reconocimiento a nivel internacional: el **Artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos** consagra el *derecho a la integridad personal*, el cual señala que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este artículo además prohíbe determinadas conductas, como lo son las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en el derecho internacional desde el **Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945**, la **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948** y los **Convenios de Ginebra de 1949** relativos a los conflictos armados. Es a mediados de los años 60 cuando tienen origen tratados generales de derechos humanos, con lo cual este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional. La integridad física hace referencia a la plenitud corporal e implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo. Toda persona tendrá derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndolo o causándole dolor físico o daño a su salud. La integridad psíquica, por su parte, es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La inviolabilidad de la integridad psíquica se relaciona con el derecho a no ser

obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones y a la capacidad de la persona para mantener, desarrollar o modificar sus sentimientos y valores. A partir del derecho a la integridad personal es posible formular una serie de otros derechos que han sido reconocidos a nivel internacional, como lo son el derecho a la salud, a recibir atención médica, el derecho a no ser sometido a torturas, a vivir dignamente, a disponer del propio cuerpo, etc.

Hoy en día es posible afirmar que el derecho a la integridad personal abarca también el derecho a la integridad sexual. La Convención de Belém do Pará ha ampliado sus artículos a fin de introducir el componente de integridad sexual. El artículo 2 de esta Convención señala que *"se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica (...)".* Además la Convención menciona en su artículo 4 que: *"Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"*

2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

Históricamente la sexualidad y la reproducción han constituido ámbitos de dominación y de sometimiento para las mujeres, siendo la ausencia de control sobre el propio cuerpo una de las claves de la dominación masculina. Es por ello que movimientos de mujeres y feministas han buscado la reivindicación de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, como una forma de recuperar la sexualidad y la reproducción como espacios de libertad. Este objetivo ha sido perseguido por medio de la positivización de los derechos asociados a este ámbito, los cuales han sido denominados derechos sexuales y reproductivos. Se ha señalado que los derechos sexuales y reproductivos emanan de los derechos humanos ya reconocidos, ya que los tradicionales derechos a la igualdad, dignidad

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

El tema de los derechos sexuales y reproductivos fue cobrando mayor importancia dentro de la segunda mitad del siglo XX, lo cual se ve reflejado en las conferencias e instrumentos internacionales que comienzan a recoger derechos relativos a la reproducción y sexualidad. La Proclamación de **Teherán**, proclamada por la **Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán**, en 1968, fue el primer instrumento internacional en aproximarse a lo que serán los derechos sexuales y reproductivos, al reconocer el derecho de los padres a determinar libremente el número de sus hijos y el espaciamiento entre ellos. Más tarde, en 1974, el Plan Mundial de Población, aprobado en **Bucarest** en la primera Conferencia Intergubernamental sobre Población, amplió el derecho reproductivo de determinar libremente el número de hijos a toda pareja o individuo, reconociéndose así la posibilidad de ejercitar este derecho fuera del ámbito estrictamente familiar, lo cual representa un gran avance en este sentido.

La **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, aprobada en 1979, es de gran relevancia puesto que consagra de forma explícita por primera vez en una Convención derechos relativos al ejercicio de la sexualidad y la reproducción. Esta Convención se refiere en su artículo 12.1 al derecho a acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres a los servicios de atención médica, incluyendo los que se refieren a la planificación familiar. Por otra parte, establece en su artículo 16.1 que: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad

entre hombres y mujeres: Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

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

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

Luego señala en su párrafo 7.3: *“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar*

decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios de los adolescentes con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable”.

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

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

Estos derechos significan el reconocimiento y respeto de una esfera de la vida privada de las personas, las cuales podrán tomar las decisiones que estimen convenientes en temas como la sexualidad y reproducción. Estos derechos, además, implican la existencia de una serie de condiciones que hagan posible el ejercicio de estos derechos, como por ejemplo el acceso a servicios de salud, a educación, el que se permita a las personas el acceso a la información, etc.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABORTO TERAPÉUTICO **EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.**

1. CÓDIGO PENAL.

El Código Penal tipificaba el delito de aborto en sus artículos 343 a 345 incluyéndolo dentro de los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública. Dentro de los cuales se distinguían diferentes figuras de aborto. Pero si bien es posible afirmar que con estas se buscaba condenar las conductas que atentaban contra la vida dependiente, también es posible señalar que ya en la **Comisión Redactora del Código Penal** *“existió preocupación en orden a que algunas de ellas (conductas) debían quedar marginadas de sanción”*. Prueba de ello es la modificación de la voz “de propósito” del artículo 342, la cual fue remplazada por *“maliciosamente”*, ya que la primera expresión podía aplicarse a muchas personas que proceden de buena fe, como sería el caso del “médico que necesita causar el aborto y da remedios a fin de procurarlo, para salvar la vida de una enferma en peligro”. Esta idea de que podían existir situaciones excepcionales exceptuadas de la prohibición de causar un aborto fue compartida por la doctrina penal y médico-legal chilenas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

De acuerdo con lo señalado, son estos antecedentes, unidos a la amplia justificante del artículo 10 N° 10 del Código, los que nos permiten afirmar que “el aborto terapéutico fue concebido como acto legítimo aún antes de su regulación específica en las normas sanitarias”.

2. CÓDIGO SANITARIO DE 1931 Y MODIFICACIÓN DEL AÑO 1967.

En 1931, con el **DFL N° 2.226** se aprueba el Código Sanitario, el cual establece, en su artículo 226, el aborto terapéutico. El artículo señalaba que: *“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo o practicar una intervención para*

hacer estéril a una mujer. Para proceder a estas intervenciones se requiere de la opinión documentada de tres facultativos. Cuando no fuere posible proceder de la forma antedicha, por urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentara lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquel el testimonio correspondiente.”

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

El Código Sanitario fue modificado el año 1967, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva, por el **Decreto N° 725**, que aprobó el texto de un nuevo Código Sanitario, quedando reglamentado el aborto terapéutico en el artículo 119 de éste, el cual disponía: *“Sólo con fines terapéuticos de podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos.”*

Esta modificación que flexibilizaba de cierta forma los requisitos para la realización de interrupciones del embarazo por indicación terapéutica, no estuvo exenta de controversias y suscitó una serie de discusiones dentro de la doctrina. Por un lado, lo general de la disposición, la no especificación de causales, así como la falta de una definición clara de qué debía entenderse por **“fines terapéuticos”**, dividió las opiniones respecto de cómo debía interpretarse esta norma. Respecto de esto, existieron esencialmente dos posiciones en la doctrina:

1.- Interpretación Estricta:

De acuerdo a esta posición no debía extenderse el sentido del art. 119 a la prevención de cualquier merma de la salud de la mujer embarazada. El médico sólo podría causar el aborto de manera justificada cuando ello fuera necesario

para salvar la vida de la madre a través de la muerte del producto de la concepción.

2.- Interpretación Amplia: El aborto terapéutico debía resguardar la integridad física y síquica de la mujer, ampliándose el margen de apreciación de los facultativos. En la práctica, las situaciones o causales específicas por las que se practicaron abortos terapéuticos durante este periodo, variaban de hospital en hospital. Así, en aquellos hospitales en que se sostuvo una interpretación estricta de la norma, el aborto terapéutico sólo procedía en casos de riesgo vital para la madre. Por otro lado, algunos hospitales adhirieron a la interpretación amplia de la norma y, en consecuencia, se agregaban a las razones médicas, otras de tipo cultural y social.

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

Frente a esta dramática situación, el año 1965 se puso en marcha, en el Hospital Barros Luco, un programa de educación sobre los riesgos de aborto y los métodos para su prevención, el cual se amplió posteriormente. A pesar de estos esfuerzos y de la importancia que tomaba dentro de nuestro país las políticas de planificación familiar, en el año 1971 existía una elevada incidencia de embarazos no deseados debidos a fallas de los métodos anticonceptivos, lo cual impulsó a los

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

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

Antes de aceptar el procedimiento se instaba a la mujer a desistir de su decisión, sin embargo sus razones no eran cuestionadas. Si no era posible disuadir a la paciente, la solicitud para la interrupción del embarazo era aprobada o rechazada por la sección de abortos de la maternidad, donde un equipo compuesto por el Jefe de la Maternidad, tres médicos y una matrona evaluaban las peticiones. Los criterios que se manejaban para priorizar la atención de las pacientes decían relación con la situación socioeconómica, la multiparidad y la falla de los métodos anticonceptivos. Una vez aceptada la solicitud, la intervención era gratuita. Este programa adoptado por el Hospital Barros Luco significó un gran incremento en la

carga de trabajo del hospital: en seis meses, las 89 interrupciones que se realizaban mensualmente pasaron a casi quinientas. Durante el año y medio que se aplicó este programa, el cual fue interrumpido en septiembre de 1973 por el gobierno militar, se realizaron cerca de 2 mil intervenciones. Además, se observó una disminución de las complicaciones derivadas de la práctica de abortos clandestinos y sólo hubo una muerte materna derivada de complicaciones de un aborto inducido entre enero y septiembre de 1973, en circunstancias que, en igual periodo del año anterior, se habían registrado nueve muertes por esta causa.

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

1.- Consistiría en una situación especial de estado de necesidad:

Esta posición influida por la legislación extranjera, exigía que para su aplicación se cumplieran con los requisitos necesarios para la existencia del estado de estado de necesidad. Esto significa, que para que existiera un aborto justificado, además de cumplirse con los requisitos del artículo 119 del código Sanitario de la época, debía existir:

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

Sin embargo, contrario a lo que sucede en otros países, en Chile el estado de necesidad tiene un ámbito de aplicación restringido. El estado de necesidad está regulado en el Código Penal chileno en el artículo 10 n° 7, dentro de las

circunstancias eximentes de responsabilidad, y su aplicación se limita al daño en la propiedad ajena.

2.- Se trataría de un caso de ejercicio legítimo de la profesión médica:

En este caso no sería necesario cumplir con los requisitos del estado de necesidad antes mencionados. Bajo esta tesis, el sujeto activo quedaría limitado únicamente a un médico, esto a pesar de que la ley no exigía expresamente que la interrupción del embarazo fuera realizado por un médico, sino que sólo la opinión de estos.

3.- Breve historia de la ley 18.826 de 1989.

La Ley 18.826, del año 1989, dictada durante el gobierno militar, elimina el aborto terapéutico, quedando absolutamente prohibida, tanto en la legislación penal como en la sanitaria. Ante de la modificación actual dicho artículo señalaba *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”*.

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

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

- a) Dar cumplimiento a la protección que otorga la Carta Fundamental a la vida del que está por nacer, modificando las disposiciones legales cuyo contenido se desea armonizar con dicha Carta.

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

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

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

3.2 Estructura de dicho proyecto de Ley

El proyecto de ley se estructuraba sobre dos artículos.

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

El segundo artículo sustituye el artículo 119 del Código Sanitario por uno estructurado sobre la base de tres incisos. En este nuevo artículo se proscibiría la interrupción del embarazo con fines terapéuticos y se incorporaría el principio ético del doble efecto, agregándose requisitos formales en cuanto a la certificación del carácter de enfermedad grave de la mujer. La Moción señalaba, además, que el artículo 119 del Código Sanitario, en los términos en los que se encontraba redactado, era demasiado amplio y no consecuente con la garantía constitucional de protección de la vida del que está por nacer contenida en el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Por otro lado expresaba que el aborto terapéutico se encontraba en desuso producto del avance científico, ello sin perjuicio de reconocer el caso de la muerte no deseada del ser en gestación causada indirectamente por una acción médica en la gestante enferma.

Para la creación del informe técnico de este proyecto de ley, el Almirante Merino solicitó al contralmirante y Auditor General de la Armada, Aldo Montagna y a dos capitanes de fragata, Rodolfo Camacho y Armando Sánchez, que trabajaran en su redacción. El Jefe de Gabinete de Merino, el señor Jorge Martínez Busch, solicitó la opinión de sólo dos personas para la elaboración del informe: la del sacerdote Bruno Rychlowski Palczynski y la de Juan Antonio Widow, académico de la Universidad de Negocios de Valparaíso. Con respecto a esto, llama poderosamente la atención que dentro de los creadores e impulsores de este proyecto no haya ningún médico, ningún abogado o jurista, o algún experto en temas de sexualidad o salud pública.

En su lugar las personas involucradas en la creación de este informe son un sacerdote, un economista y algunos militares. Llama también la atención que todos ellos sean hombres cuando se trata de un tema que afecta a las mujeres: son ellas las que pueden quedar embarazadas y quienes eventualmente podrían requerir un aborto terapéutico. No tomar en consideración la opinión de las mujeres en una materia como esta, que las afecta de forma prácticamente exclusiva, no parece lógico desde ningún punto de vista.

3.3 Argumentos sobre el Aborto Terapéutico que contenía el Proyecto de Ley.

Al analizar la historia fidedigna de la Ley 18.826, que finalmente suprimió el aborto terapéutico, nos encontramos con que, durante su discusión, se solicitaron opiniones e informes a una serie de personas, dentro de las cuales se cuentan informes de expertos del mundo de la medicina, de algunos juristas, opiniones de sacerdotes y otras autoridades eclesiásticas, de algunos Ministerios, entre otros. Al ver estas opiniones, es posible afirmar que existió una clara tendencia en cuanto a las personas e instituciones consultadas: se pidió en su mayoría, la opinión de representantes de la religión católica, llegando incluso a consultar a más obispos que expertos médicos. Además se prefirió consultar a médicos de la Universidad Católica.

3.3.1 Opiniones de expertos médicos.

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

Estima que estas causas deben ser atacadas y se debe propiciar la paternidad responsable. En lo que toca a la legislación, propone la implantación de normas consecuentes, coherentes y operantes que no dificulten la aplicación de la ley. Expresa también que es necesario complementar con normas que castiguen el uso de tejidos fetales para la elaboración de productos cosméticos o alimenticios, pronunciarse sobre la fecundación *“in vitro”*. Considera, además, que es necesario contemplar los delitos de aborto dentro del Título VIII sobre *“Crímenes y Simples Delitos Contra las Personas”*, lo cual iría en concordancia con la idea de que el feto o embrión debe ser considerado como persona desde el momento de la concepción. El doctor Serani estima que sólo es aceptable el aborto terapéutico indirecto, es decir, el que es consecuencia de la acción terapéutica sobre la madre, y si ella así lo decide. Patricio Mena, ex jefe del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, concuerda con el doctor Serani en cuanto a que la acción denominada **“aborto terapéutico indirecto”** es una acción terapéutica que el médico puede lícitamente proponer y ejecutar, cuando las circunstancias desafortunadas en que se da se presenten. Comenta que la acción conocida como **“aborto terapéutico directo por indicación materna”** no sólo no es una acción específicamente médica, sino que además encuentra objeciones insalvables desde el punto de vista ético. Tanto el doctor Serani como el doctor Mena se refieren en sus respectivos informes al “aborto indirecto”, es decir, aquel que se basa en la doctrina del “doble efecto”.

De acuerdo con esta última, “si una acción tiene un buen y un mal efecto (*en este caso salvar la vida de la madre pero provocar la muerte del feto*), la acción no está prohibida siempre que no haya intención de hacer daño, aun cuando éste sea previsible. Aunque el resultado final sea la muerte del feto, la intención primaria de la intervención no es esa”. Este sería el caso de una mujer que presenta un tumor, el cual para ser eliminado requiere de la extracción del útero que está en gestación. En este caso, se producirá la muerte del feto, sin embargo será considerado un aborto terapéutico indirecto en la medida en que la intención del médico no sea provocar el aborto (*que finalmente es inevitable*), sino que curar a

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

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

Los métodos de regulación de fecundidad deben ser seguros, gratuitos e informados, a solicitud de la mujer o la pareja; pues cerca del **90% de los embarazos no deseados terminan en abortos** a pesar de las sanciones morales, religiosas y legales, siendo los métodos anticonceptivos los más seguros e inocuos.

3.3.2 Opiniones de expertos religiosos.

Durante la realización del proyecto se solicitó la opinión del sacerdote Bruno Rychlowsky P. quien declaró en su informe que la Iglesia Católica consideraba el aborto inducido como un crimen y el terapéutico como inmoral, ya que estando en juego la vida humana no procedería ocupar el principio del mal menor. Es opinión de este sacerdote que los abortos terapéuticos, además de ser rarísimos, sólo sirven de pretexto para eliminar un embarazo no deseado. El sacerdote no hace

mayor referencia a lo que ocurre en las situaciones “rarísimas” en que el aborto terapéutico sí es necesario para salvar la vida de la madre. Se solicitó también la opinión del sacerdote perteneciente a la Prelatura del Opus Dei, J. Miguel Ibáñez Langlois, quien participó en la Comisión Redactora de la Constitución Política en lo referido al artículo 19 N° 1, oportunidad en la cual propuso que a este artículo debía incorporar la frase “*desde el momento mismo de su concepción*”, dentro de la protección a la vida del que está por nacer. En relación al aborto terapéutico, expresa en su informe que es partidario de suprimir la norma del Código Sanitario, ya que el aborto terapéutico es casi inexistente y por razones de orden moral. Al respecto señala que “la teología moral no permite plantear el problema en términos de un conflicto entre dos vidas, la de la madre y la del feto, pues eso lleva obvia y lógicamente a preferir la vida de la madre y por tanto, a legitimar el llamado aborto terapéutico. El dilema moral no es cuál de las dos vidas elegir, de la madre o el hijo, sino cuál acto realizar, el de quitar la vida al feto (*un homicidio*), o del no hacer nada al respecto, incluso si ese no hacer pudiera derivar en el deterioro de la salud de la madre o su eventual muerte. El aborto terapéutico es en sustancia un aborto (*un matar directo*), no importa con qué fin se haga, pues el fin no justifica los medios”.

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

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

5. Ley actual que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales LEY N° 21.030

El proyecto ingresó al Congreso el 31 de enero de 2015 y la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados aprobó el proyecto el 4 de agosto, mientras que la causal de violación fue aprobada el 15 de septiembre de 2015. Dicha Cámara aprobó finalmente el proyecto el 17 de marzo de 2016, pasando al Senado. La Comisión de Salud del Senado aprobó el proyecto el 6 de septiembre de 2016, por tres votos a favor, incluyendo el de la presidenta del PDC, Carolina Goic y dos en contra. El Senado aprobó el proyecto el 19 de julio de 2017, y al día siguiente pasó a la Cámara de Diputados, que rechazó las modificaciones realizadas por el Senado. Por ello, la propuesta pasó a la Comisión Mixta de diputados y senadores, que lo revisó y aprobó el 1 de agosto, siendo nuevamente despachado al Senado, que lo aprobó definitivamente el 2 de agosto.

Congresistas de la coalición derechista Chile Vamos presentaron dos requerimientos de constitucionalidad por el proyecto ante el Tribunal Constitucional (TC), el cual los declaró admisibles el 8 de agosto. El tribunal recibió a representantes de 135 organizaciones y más de 200 informes, tanto a favor como en contra de la constitucionalidad del proyecto, tras lo cual los ministros del tribunal fallaron, rechazando los recursos por 6 votos contra 4. Como resultado, el aborto se despenalizó parcialmente en las tres causales, siendo promulgada la ley 21.030 el 14 de septiembre de 2017, y publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de ese año.

Esta ley permite la interrupción del embarazo en caso de que se apliquen alguna de estas situaciones.

1. Que exista riesgo de la vida de la madre, en cuyo caso debe contar con un diagnóstico de un médico ratificado por un especialista. Sin embargo, esta

puede ser obviada en caso de que aparezca la necesidad de atención inmediata.

2. Inviabilidad del feto. En este caso, al igual que el anterior, se debe contar con el diagnóstico de un médico ratificado por un especialista.
3. Embarazo producto de una violación. Ante esta situación, un equipo de salud deberá evaluar a la paciente y la dirección del centro está obligada a denunciar la violación. De esta manera, se determina que la interrupción del embarazo será autorizada si es resultado de una violación y no hayan pasado más de 12 semanas desde la gestación, plazo que se amplía a 14 semanas si la embarazada tiene menos de 14 años.

Objeción de conciencia de los médicos

La ley también mantiene un apartado de conciencia para los médicos cirujanos que no deseen realizar la operación.

En este sentido, se hace explícito el deber ético del médico afectado por esta situación de informar oportunamente cuando una paciente se encuentra bajo la situación de aborto. En este caso, el prestador está obligado de remitir a la mujer a un profesional que no tenga la objeción de conciencia.

La primera aplicación de la nueva reglamentación se realizó el 5 de octubre de 2017 en el Hospital San José de Santiago, cuando fue interrumpido el embarazo de una niña de 12 años, ocurrido producto de una violación.

CAPITULO VI

1.- Perfil de mujeres que recurren a prácticas abortivas

Las mujeres que en nuestro país deciden por una práctica abortiva responden al siguiente perfil:

- ❖ *Mujeres portadoras de VIH SIDA,*
- ❖ *Mujeres embarazadas producto de una violación*
- ❖ *Mujeres embarazadas producto de un incesto*
- ❖ *Por Malformaciones congénitas*
- ❖ *Embarazos no deseados*
- ❖ *Pobreza*

2.- Argumentos en Torno al Aborto Terapéutico.

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

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

La interrogante de cuándo comienza la vida humana ha sido planteada en numerosas oportunidades, y las respuestas que se han dado a esta pregunta han servido de argumento tanto para los sectores que apoyan la penalización absoluta del aborto como para aquellos que abogan por su despenalización parcial o total. El problema pasa por definir el estatuto del embrión o feto durante el embarazo, y en este sentido las preguntas que se plantean son:

- ❖ *¿Desde qué momento debe comenzar la protección de la vida?, y*
- ❖ *¿Es el feto o embrión una persona o ser humano, titular del derecho a la vida?*

Por un lado, se ha planteado que el embrión o feto es un ser humano o persona desde el momento de la concepción. Esta posición, que ha sido defendida especialmente por la Iglesia Católica, sostiene que el no nacido goza de los mismos derechos que todas las personas ya nacidas, incluido el derecho a la vida, y que por lo tanto el aborto, aun cuando sea realizado para salvar la vida de la madre, sería lo mismo que un homicidio.

Para esta postura existiría, desde la unión de los gametos femenino y masculino, un **“principio o destello de vida humana”** el cual sería destruido por el aborto. Por otra parte, se ha dicho que “la vida”, o más correctamente, el embarazo, no comienzan con la fecundación sino que en un momento posterior, que se ha fijado en la implantación del óvulo fecundado en el útero materno. Se ha reconocido que si bien el cigoto, el embrión y el feto tienen el potencial para convertirse en una nueva persona, el darles la calidad de tal, con los mismos derechos de los que goza el ya nacido, no sería adecuado. Para algunos, la protección jurídica de la vida del feto debe comenzar cuando el sistema nervioso central comienza a integrar las funciones corporales, lo cual permitirá a la larga sentir dolor y desarrollar las funciones cognitivas. Para otros, el inicio de la vida estaría marcado por el inicio de la vida cerebral, lo cual sería compatible con la definición legal de muerte como “muerte cerebral”.

Se ha considerado que la vida cerebral comienza hacia el final de las 12 semanas de gestación, o setenta días después de la fecundación. Ahora bien, debido a que es prácticamente imposible determinar con seguridad en que momento comienza la vida, se hace igualmente difícil establecer si el embrión o feto son titulares del derecho a la vida, y si lo son, desde qué momento o en qué condiciones. En nuestro país el derecho a la vida fue introducido en nuestro sistema como garantía constitucional por la Carta de 1980. Este derecho no se encontraba contemplado de forma expresa dentro del artículo 10 de la Constitución de 1925, que se refería a las garantías constitucionales.

Los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución acordaron consagrar constitucionalmente el derecho a la vida, en primer término, como el más primordial de todos los derechos. Así, el **artículo 19 N° 1** de la **Constitución vigente** señala que: “La Constitución asegura a todas las personas: **1º**. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.”

Respecto del derecho a la vida consagrado en el inciso primero del artículo 19 N° 1, no existen mayores problemas. Resulta claro que este derecho, el cual comprende el derecho a la integridad física y psíquica, significa que todo ser humano (nacido) tiene el derecho esencial de conservar su vida y de exigir que el ordenamiento jurídico se la proteja contra atentados de la autoridad y de particulares. Sin embargo el inciso segundo, que señala que la ley protege la vida del que está por nacer, ha sido objeto de diversas interpretaciones con distintas e importantes consecuencias respecto del tema del aborto. Por un lado se ha sostenido que en virtud de esta disposición se debe considerar al nasciturus titular del derecho a la vida en los mismos términos que los seres humanos ya nacidos. De ello se desprendería una prohibición absoluta de dar muerte al no nacido, por lo cual toda forma de aborto se encontraría proscrita. De acuerdo con esta postura, la **Ley 18.826**, que prohibió todo tipo de aborto, no sería más que una “conclusión derivada y necesaria” del artículo 19 N° 1 inciso segundo y la “manifestación de la intención del Constituyente”.

2.2 Los Argumentos de la Salud.

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

- ❖ El aumento del número de abortos clandestinos.
- ❖ El aumento de las muertes maternas, producto de los mismos.

En nuestro país no existen cifras confiables sobre la cantidad de abortos que se realizan al año, pero se ha estimado que la cifra llegaría hasta los **160.000 abortos anuales**, a pesar de estar éste hasta hace muy poco absolutamente prohibido. La penalización absoluta del aborto no disminuye el número de abortos que se practican anualmente, pero sí significa que la mayoría de los abortos clandestinos que se realizan serán **“abortos inseguros”**, esto, en parte por el mismo hecho de encontrarse estos al margen de la ley, y porque los abortos ilegales pero seguros, realizados por médicos capacitados y con los medios necesarios, tendrán un alto costo que las mujeres de menores recursos no podrán pagar.

Así, los abortos inseguros constituían una grave amenaza para la salud de las mujeres, las cuales muchas veces sufren complicaciones inmediatas y a largo plazo debido a ellos. Algunas de las complicaciones inmediatas que suelen sufrir las mujeres que se someten a abortos inseguros, realizados por personal no capacitado o en condiciones poco adecuadas, serán hemorragias, lesiones traumáticas o químicas de los genitales u otros órganos, infecciones y reacciones tóxicas a los productos ingeridos o aplicados.

Además, a mediano y largo plazo, las mujeres que se someten a este tipo de procedimientos pueden requerir, como tratamiento, la extirpación de órganos como las trompas, ovarios o útero, lo cual evidentemente puede resultar en infertilidad. La consecuencia más dramática de los abortos inseguros es, sin lugar a dudas, el gran número de mujeres que mueren debido a las complicaciones derivadas de las malas condiciones en las cuales se llevan a cabo estas intervenciones.

Así, las mujeres que se han realizado un aborto y que han tenido complicaciones producto de éste, tienen dos alternativas:

- ✓ Acudir al hospital en busca del tratamiento que necesitan, arriesgándose a ser denunciadas; o
- ✓ No hacerlo, con el riesgo que ello implica para su salud e incluso su vida.

Esta obligación, además de traer las consecuencias ya señaladas, va en contra del deber del médico de guardar la confidencialidad respecto de la información relativa a su paciente. Diversos organismos internacionales manifestaron a Chile su preocupación por la prohibición absoluta del aborto que existía en nuestro país y por las consecuencias que los abortos inseguros traen para la vida y salud de las mujeres. Asimismo, estos organismos expresaron su preocupación por la existencia de la norma que impone el deber de denunciar a los médicos.

3. El Principio de la Exigibilidad Diferenciada.

Se planteó como argumento para la despenalización parcial del aborto en nuestro país, la existencia de un principio constitucional de exigibilidad diferenciada. El cual sostiene que en nuestro ordenamiento existe para la mujer un deber de tolerar el embarazo, propio de un deber de solidaridad.

Sin embargo, de acuerdo con una correcta interpretación de la Constitución, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es una exigibilidad diferenciada. La exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo sería inconstitucional, puesto que el orden constitucional exigiría, en los casos en que existe un conflicto entre los intereses personalísimos de la madre dignos de protección constitucional y los del feto, que se realice una ponderación de estos intereses en conflicto de acuerdo con un mandato de optimización.

Para sostener esto, comencemos por referirnos al deber de tolerar el embarazo que pesa sobre la mujer. El fundamento de justicia política de la prohibición del aborto consentido no se deduciría de la prohibición de dar muerte a otro ser humano. Ello ya que la prohibición de matar es un deber de no causar daño a otro, que sólo impone a su destinatario una restricción de su libertad general de acción.

La prohibición del aborto consentido, en cambio, implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de sus intereses propios en beneficio de otro. No habría sólo una restricción a su libertad de acción, sino que se le exigiría una contribución al bienestar del feto la cual, desde el punto de vista de la justicia política, sería propia de un deber de solidaridad. Este deber de la mujer de tolerar el embarazo, no tiene comparación con ningún otro deber de solidaridad de nuestro ordenamiento jurídico. Ningún otro ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejante respecto de otro ser humano nacido.

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

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

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

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

En este sentido la situación bajo la Constitución chilena es igual a la situación bajo la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, motivo por el cual resulta importante referirse a la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) sobre esta situación. El **TCF** consideró que bajo la Ley Fundamental de este país existía un deber de protección de la vida del nasciturus y que el cumplimiento de este deber requería de una prestación normativa por parte del Estado. Este deber además exigía que la protección de la vida del nasciturus fuera dispensada aun en contra de la voluntad de la mujer embarazada. Este deber tendría prioridad por sobre el cumplimiento del deber de abstenerse de afectar los intereses personalísimos de la mujer. A pesar de esto el TCF señaló que existían dos salvedades:

- ❖ La exigencia al Estado de prestaciones normativas como modo de satisfacer el deber de protección de la vida del nasciturus no implica necesariamente el uso de la protección penal. Lo que se exige es una protección adecuada (idónea, necesaria y proporcionada).
- ❖ Sostiene que el deber de protección de la vida del nasciturus no implica la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo. Dado el carácter de conflicto de derechos que implica el embarazo, es posible que en circunstancias excepcionales los intereses personalísimos de la mujer adquieran un peso específico tal que se haga inexigible este deber de solidaridad. En estos casos es la propia Constitución la que brinda el

fundamento de la autorización estatal a la práctica del aborto como medio para salvaguardar estos intereses de la mujer.

Lo más relevante es este último punto, es decir el fundamento constitucional de las autorizaciones para la práctica de abortos. Para el TCF estas autorizaciones están basadas en juicios de ponderación de conflictos de intereses de relevancia constitucional. En este sentido se trataría de ponderaciones vinculantes para el legislador en todo el margen en que ellas puedan válidamente serlo conforme al principio de proporcionalidad.

En definitiva como se trata de conflictos de intereses constitucionales, la validez de la solución del legislador se encuentra sometida a control de constitucionalidad. En la solución de estos conflictos el Estado está obligado por un mandato de optimización, el cual impone el deber de procurar la máxima realización posible, conforma a las posibilidades, de ambos intereses en conflicto. Es debido a este mandato que el legislador no puede resolver el conflicto de modo unilateral, sacrificando en toda circunstancia o por completo uno de los intereses en favor del otro. Ahora bien, esto se complica en el caso del embarazo no deseado, puesto que esta situación, por sus especiales características, requiere que para salvaguardar los intereses personalísimos de la mujer se sacrifique de forma total e irreparable el otro interés en conflicto, que es la vida del feto. Es por esta razón que el TCF no acepta el sistema de plazos, sin embargo, en virtud del principio de proporcionalidad, el deber de solidaridad de la mujer tampoco puede afirmarse en toda circunstancia. Por ello “la afectación de los intereses personalísimos de la mujer por encima del margen de afectación inherente al deber de solidaridad altera la solución y plantea la posibilidad de otorgar legítima prioridad a los intereses de la mujer”.

Lo decisivo, entonces, es la afectación inusualmente intensa de un interés de la mujer digno de protección constitucional. El TCF estima que esto ocurre en los casos de la indicación médica o terapéutica, la eugenésica, la criminológica e incluso la social.

4. La Privacidad.

Se ha planteado, como argumento para la despenalización del aborto de manera general, que existiría una esfera íntima de la mujer que debe ser protegida y que el Estado no puede violentar. Dentro de esta esfera se encontraría el derecho de la mujer de interrumpir su embarazo dentro de los primeros meses de gestación. El derecho a la privacidad ha evolucionado y protege la libertad de los individuos de realizar determinadas acciones y someterse a ciertas experiencias. La dimensión de la autonomía de la persona en el derecho a la privacidad se desarrolló especialmente en Estados Unidos en casos relacionados con los derechos reproductivos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez el derecho independiente a la privacidad en el marco de la protección implícita en las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos o “**Bill of Rights**”, en el caso **Griswold v. Connecticut**. En este caso, se invocó el derecho de privacidad de las personas casadas para anular una ley que prohibía la anticoncepción. Casos posteriores ampliaron este derecho fundamental dentro de los cuales destaca el caso **Roe v. Wade**. El caso de Roe v. Wade comienza en 1970 con una acción declarativa que cuestionó la constitucionalidad de la ley del Estado de Texas sobre aborto, la cual penalizaba el aborto en todos los casos salvo que existiera consejo médico y se practicara con el propósito de salvar la vida de la madre. Varias personas se presentaron como demandantes, sin embargo se estimó que la única que tenía un interés justiciable era “Jane Roe” (*Norma L. McCorvey*), una mujer soltera que sostenía que su embarazo era producto de una violación. La Corte del Distrito declaró que la ley de Texas era inconstitucional, pero no otorgó una proscripción en contra de las leyes de aborto. El caso fue apelado y finalmente resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos. En la decisión del caso Roe v. Wade, la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció que el derecho de la mujer de decidir si continuar o no con su

embarazo estaba protegido por el derecho a la privacidad. Por lo tanto, prohibirle a una mujer abortar por vía legislativa violaría este derecho.

5. La Autonomía.

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

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

La autonomía debe ser entendida, en este contexto, como ***“la capacidad y posibilidad de elección responsable”***. La responsabilidad, por su parte, será definida como ***“el reconocimiento de la autoridad de decidir sobre el curso de una acción a una persona que, actuando, tiene en consideración los intereses propios y ajenos correlativos a su actividad”***.

Por ello era necesario reconocer a las mujeres la misma capacidad de razón que se les reconoce a los varones. Para ello debe considerarse a las mujeres como seres capaces de elegir racionalmente, de conocer sus intereses y de tener en cuenta las consecuencias de sus propias acciones. El derecho debe reconocer a las mujeres como individuos responsables y adultos. En tanto individuos responsables y adultos, las mujeres no pueden ser consideradas como prisioneras de sus cuerpos ni seres a merced de sus emociones, las cuales se cree que su mismo cuerpo condiciona.

Para el derecho, el individuo adulto será normalmente responsable de las consecuencias de sus acciones. Además el derecho debiera promover, en este sentido, la autonomía de los sujetos. Las ideas recién planteadas pueden ser

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

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

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

La prohibición del aborto no impidió que se practicaran, sino que sólo hizo más difícil y complicada la vida de las mujeres. Bajo esta primera tesis, se desconoce el status de sujetos plenamente morales a las mujeres. A través de ella lo que se estaría sosteniendo es que a éstas no es ni siquiera posible confiarles la tutela de la “**vida**”.

En una segunda tesis, el Estado concede autorización a las mujeres para decidir sobre el aborto pero únicamente en la medida en que concurran ciertas

condiciones o circunstancias. Aquí, la ley estaría asumiendo la función simbólica de reafirmar que se tutela la vida, pero también la función de construir a las mujeres como sujetos moralmente imperfectos, sobre los cuales es necesario mantener el control institucional. Por lo que el interés que hace que el Estado se movilice y se atribuya la regulación de la interrupción del embarazo no es la tutela de la “vida” (o del embrión), sino que el control de la reproducción, al menos en el plano simbólico. Se añade, complementariamente, el interés por “el control del potencial poder reproductor femenino, de los cuerpos y de las mentes de las mujeres. Mujeres que se presentan como sujetos morales imperfectos, a los que no se les puede reconocer la plenitud de ese poder”.

Frente a esto se hace necesario reivindicar la competencia moral femenina para decidir en el ámbito reproductivo. Es aquí donde entran nuevamente las ideas sobre la autonomía y la responsabilidad, ahora referidas específicamente al tema del aborto. ***La autodeterminación femenina*** en los que respecta a la procreación tendría dos significados: Por un lado, determinaría la plena individualización femenina, el acceso de las mujeres al estatuto pleno de individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio sobre su propia potencia generativa. La autodeterminación femenina sería además un principio de ética pública. Esto último se explica de la siguiente forma: el ingreso de las mujeres en la esfera pública no puede producirse sino es a través de una reorganización de esta esfera, para que ella sea capaz de dar cuenta del cuerpo femenino sexuado y de su potencia generativa. Esta reorganización presupone como principio ordenador la responsabilidad femenina en la procreación, que se convierte así en un principio de ética pública.

6. Derecho a la Igualdad.

Dentro de las discusiones por la despenalización parcial o total del aborto se han formulado una serie de argumentos que giran en torno al derecho de igualdad y no discriminación. Estos argumentos han sido sostenidos por quienes defendieron la

necesidad de despenalizarlo y algunos de ellos pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- ✓ Se ha sostenido que prohibir absolutamente el aborto atenta contra el derecho a la igualdad de las mujeres, puesto que son ellas las que potencialmente se embarazan y podrían llegar a requerir de una intervención de este tipo. Esta postura ha sido sostenida, por ejemplo, por el Comité de la **CEDAW (convención sobre la eliminación de todas las formas. de discriminación contra la mujer)**, el cual ha señalado que siendo el aborto un procedimiento clínico requerido sólo por mujeres, su denegación constituye una forma de discriminación en su contra.
- ✓ En América Latina, la cuestión del aborto esta cruzada por la variable de la pobreza. La penalización absoluta del aborto afecta mayormente a las mujeres que viven en estas condiciones, pues esta penalización no sólo les impide decidir sobre aspectos de gran relevancia en su vida, sino que además suelen ser ellas las más afectadas por esta prohibición ya que por lo general serán las mujeres de más escasos recursos las que recurrirán a abortos clandestinos inseguros y, de sufrir complicaciones producto de ellos, debían acudir a algún recinto hospitalario, donde corrían el riesgo de ser denunciadas y sancionadas. Las mujeres de mayores recursos no tenían este problema ya que en caso de que decidan practicarse un aborto viajaban al extranjero para hacerlo o pagar por una intervención segura. Así, será muy poco probable que estas mujeres sufran complicaciones derivadas del aborto, y por lo tanto es también poco probable que sean descubiertas y denunciadas. De esta forma el aborto se trasformaba en un problema de inequidad social.
- ✓ Otro argumento que se refiere al principio de igualdad ante la ley, que como ya revisábamos anteriormente, se refiere a ello al tratar el tema del aborto terapéutico cuando existe un peligro actual o inminente para la salud o la

vida de la mujer embarazada. Señala que en estos casos estamos ante un caso de estado de necesidad defensivo que autorizaría la interrupción del embarazo sin necesidad de existencia de una causal de justificación en específico. Ello ya que existiría un peligro originado por el feto que autoriza a la mujer a atacar esta fuente de peligro. Bajo la institución del estado de necesidad defensivo se permite a toda persona a actuar en defensa de sus intereses, en la medida en que estos tengan un peso específico equivalente al interés de afectación, a pesar de que el peligro sea causado de forma inocente por el otro, lo cual se basa en la idea de que nadie tiene porque tolerar el sacrificio de sus intereses si puede actuar atacando la fuente del peligro. Por lo tanto, si se le negara a la mujer embarazada respecto del feto este derecho de actuar en defensa de sus intereses, en circunstancias que este derecho lo tiene cualquier persona respecto de otra, ello implica una discriminación arbitraria

7.- El Argumento Religioso.

Este argumento demuestra el impacto de este tema frente a la religión y creencias personales. Con él se intenta vincular las percepciones del Estado, de la política y la sociedad a una religión en particular. Durante el último siglo, el tema del aborto se ha transformado en una prioridad para algunas religiones, de forma tal que algunos líderes religiosos se han transformado en figuras claves dentro del debate. Destacada ha sido la participación de la Iglesia Católica en este debate, cuya posición respecto del aborto se ha buscado imponer en nuestro país argumentando que Chile es mayoritariamente católico y que son los valores de esta religión los que deberían plasmarse dentro de nuestro ordenamiento. La Iglesia Católica plantea que el derecho a la vida existe desde la fecundación y, por ello, el aborto debe prohibirse de manera absoluta siempre. A pesar de lo tajante de este planteamiento, las ideas y argumentos de la Iglesia Católica en torno a este tema han variado a través de los años. Podemos decir que a lo largo de la historia han existido dos argumentos sostenidos por la Iglesia Católica para

declararse en contra del aborto: la posición de la perversidad y la posición ontológica. De acuerdo con la primera, el aborto sería una perversión de la verdadera y única función del sexo, esto es, la reproducción. El aborto sería así un pecado, puesto que transgrediría este propósito. Esta posición fue finalmente rechazada de manera oficial por el Concilio Vaticano Segundo, que se reunió entre los años 1962 y 1965. En él se declaró que el matrimonio tendría dos finalidades de igual importancia: la procreación y la unidad de los cónyuges, dentro de lo cual se incluiría el disfrute del sexo sin finalidad procreativa. La posición ontológica, por su lado, se opone al aborto en base al estatus del embrión o feto durante el embarazo. Con esto se vuelve a la pregunta sobre el inicio de la vida. La Iglesia Católica ha sostenido dos teorías con respecto al inicio de la vida a lo largo de la historia:

- ❖ **Teoría de la animación retardada o hominización tardía:** según esta teoría, un acto de Dios creaba el alma humana dentro del feto, lo cual ocurría a los 40 días de gestación para los hombres y a los 90 días para las mujeres. Para otros, el momento de la animación, es decir, el momento en que el alma llegaba al cuerpo, era más tardío aun y estaba dado por la primera vez que el feto se movía dentro del vientre materno. En base a esta teoría, se justificaban los abortos en ciertas circunstancias, especialmente si se trataba de embarazos recientes. Asimismo, las penas para el aborto se incrementaban según la edad gestacional.
- ❖ **Teoría de la hominización inmediata:** de acuerdo con ella, la animación se produce en el momento de la concepción. Esta es la teoría sostenida hasta el día de hoy por la Iglesia Católica. El cigoto, embrión o feto es un ser humano completo desde el momento de la fecundación y no existe justificación moral para matar una vida inocente. El único caso en el cual se admite el aborto de acuerdo con la teología moral del magisterio de la Iglesia Católica, será cuando el aborto sea un efecto colateral o indirecto de la aplicación de una terapia en la madre, cuyo fin haya sido curar una

enfermedad que ésta parezca, y aun cuando el resultado de aborto haya sido previsible. Esta es la hipótesis del “aborto indirecto” conforme con la doctrina del doble efecto.

8. El Argumento de las Políticas Demográficas.

Este argumento ha sido tradicionalmente utilizado para vincular la despenalización o penalización del aborto con objetivos sociales vinculados con los niveles de crecimiento poblacional. Las políticas demográficas pueden ser definidas como aquel “*intento de modificar la estructura demográfica de una población con objeto de mejorar su situación, desarrollo, o procesos de desigualdad social*”. Así, con el fin de lograr ciertos objetivos demográficos, como el aumento de las tasas de natalidad, se toman una serie de medidas que en ocasiones pueden resultar atentatorias contra los derechos humanos de las personas, por cuanto ponen las metas demográficas por sobre estos derechos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando para aumentar las tasas de natalidad se suspenden las actividades de educación sobre planificación familiar o se dificulta el acceso a métodos anticonceptivos eficaces.

Esta fue justamente la situación que se dio en nuestro país en el año 1979, cuando el gobierno militar, enfrentado a los problemas limítrofes con Argentina, consideró necesario aumentar las tasas de natalidad con el objeto de poblar los territorios fronterizos. De esta forma se suprimieron las campañas de educación sexual en los medios de comunicación e incluso se eliminaron los ramos de educación sexual de la educación básica y media.

La idea de las políticas demográficas tomada por partidarios, quienes consideran, dentro de los argumentos para oponerse al aborto, la necesidad de aumentar la población. Señala que esto es válido particularmente en el caso de Chile considerando que es un país en vías de desarrollo, históricamente de escasa riqueza material y que tiene como principal factor de desarrollo su propia población. Este tipo de medidas han sido **condenadas por diversos sectores**.

Así, las conferencias internacionales sobre temas de población y desarrollo realizadas por la **Organización de Naciones Unidas** los años 1974, en Bucarest, y 1984 en México, fueron precisamente criticadas por centrarse de manera casi exclusiva en el logro de objetivos demográficos, lo cual negaría los **derechos humanos de las mujeres**. Esta situación fue remediada en la III Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que se llevó a cabo el año 1994 en el Cairo, donde se estableció que la dignidad humana estaba por sobre las metas demográficas. Tomar medidas como las señaladas anteriormente vulnera los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, se encuentran reconocidos por una serie de tratados y convenciones internacionales. En este sentido también penalizar el aborto en todas sus formas como medio para cumplir con los fines de estas políticas resultaría atentatorio contra estos derechos.

9. Las Causas de Justificación y la Doctrina del Doble Efecto.

Dentro de la doctrina chilena existen autores que plantearon que bajo nuestra legislación procederían causales de justificación del aborto terapéutico. Además existen algunos sectores de la doctrina que han estimado que los llamados “abortos indirectos”, conforme a la doctrina del doble efecto, no se encontraban prohibidos. A continuación examinaremos brevemente algunas de estas posiciones. En primer lugar nos encontramos con la tesis sostenida por:

Mario Garrido Montt, quien afirma que la intervención terapéutica abortiva será atípica cuando esta acción se encuentre debidamente cubierta por la **lex artis**. Para comprender esta tesis es necesario recordar que el **artículo 345 del Código Penal** castigaba al facultativo que “*abusando de su oficio*” causa un aborto o coopera con él. Garrido Montt señala que para que esta situación se configure es necesario que el facultativo obre ejerciendo la actividad que le es inherente como tal, pero cometiendo un abuso. Esto ocurrirá cuando el facultativo, en el ejercicio de su función curativa, sobrepase los límites de la **lex artis** médica.

La lex artis médica está constituida por los principios y reglas que rigen el ejercicio de la profesión médica, y a los cuales deben sujetarse quienes desarrollen esta actividad. Si se infringen estas reglas entonces habrá “abuso del oficio”, mientras que el profesional que las respete estará amparado por la justificante del artículo 10 N° 10 del Código Penal (*antes de su modificación*), el cual señala que estará exento de responsabilidad criminal el que obra en el ejercicio legítimo de un oficio. Para Garrido Montt la disconformidad con la lex artis es un elemento negativo del tipo del delito de aborto. El autor plantea que a pesar que por disposición del artículo 119 del Código Sanitario (*antes de su modificación*) se encuentra prohibida toda acción cuyo fin sea provocar un aborto, no habría impedimento para interrumpir el embarazo si por razones propias de la lex artis médica corresponde hacerlo como tratamiento curativo. Es decir, el médico que pusiera fin de esta forma a un embarazo no estaría actuando en abuso de su oficio, en la medida en que exista consentimiento de la mujer.

En este caso la situación debería ser considerada conforme a los principios generales de tipicidad y antijuricidad. Garrido Montt señala que de no compartirse esta idea de que el médico que practica un aborto terapéutico conforme con la lex artis y para velar por la vida de la mujer, cumple con su función y por lo tanto su actuar es atípico, entonces igualmente la actividad de este médico podría encuadrarse dentro de la justificante del artículo 10 N° 10 de dicho Código Penal, puesto que la finalidad del médico no será provocar un aborto, sino que salvar una vida. Esta opinión de Mario Garrido Montt es compartida por Guillermo Ruiz Pulido, quien considera que el médico que practica o colabora con un aborto terapéutico, cuando se cumplen con ciertos requisitos, obra justificadamente, en el ejercicio y uso legítimo de su profesión, por lo cual no hay abuso de su oficio y la acción es atípica. Juan Pablo Hermosilla y Alex Van Weezel también se han pronunciado en este sentido señalando que este tipo de acciones estarían cubiertas por la lex artis médica. **Alfredo Etcheberry**, por su parte, considera que la causal de justificación que podría aplicarse al caso del aborto terapéutico sería la del artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, actuar en el ejercicio legítimo de

un derecho u oficio. De acuerdo con Etcheberry, para que esta causal sea aplicable deberán cumplirse una serie de requisitos:

- ✓ Los requisitos que legitiman cualquier intervención médico quirúrgica (consentimiento de la mujer, etc.).
- ✓ La intervención que se practique sólo podrá ser curativa o terapéutica, y no fundamentada en otros motivos.
- ✓ Sólo será aplicable cuando el aborto terapéutico se practique para preservar la vida de la madre, y únicamente en casos excepcionales, su salud.
- ✓ El peligro para la vida de la madre debe ser cierto, de acuerdo con los conocimientos médicos.

Conclusiones.

La Ley 21.030, que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo, fue promulgada el 23 de septiembre de 2017 y el protocolo para llevar a cabo su implementación se aprobó en febrero pasado. Sin duda alguna la despenalización del aborto terapéutico, en las tres causales, es un avance en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y en la salud pública.

Entre septiembre y el 22 de marzo se presentaron 123 casos en los que se invocó esta normativa. De este total, en 12 de ellos las madres decidieron continuar adelante con su embarazo, concretándose los respectivos abortos en 111 de ellos. Los datos preliminares entregados por el Ministerio de Salud (Minsal) muestran que del total de estas intervenciones que se realizaron en el sector público, 50 corresponden a la primera causal de riesgo de vida de la madre, 35 a la segunda, inviabilidad fetal, y 26 a la tercera, que es violación.

En tanto, para los 12 casos de mujeres que invocaron la ley pero decidieron continuar con su embarazo, tres de ellas lo habían hecho bajo la causal de riesgo de vida, ocho porque el feto no tenía posibilidad de sobrevivir y una por agresión sexual.

Esos seis meses transcurridos no han estado exentos de complejidades. La primera ocurrió en octubre de 2017, cuando el Hospital de Castro rechazó interrumpir el embarazo a una menor violada al desconocer el procedimiento a seguir. La joven tuvo que ser trasladada a Santiago para realizar la intervención. Eso generó que desde el Minsal se instruyera a todos los servicios de salud la aplicación de la normativa, como indicaba el marco jurídico, pese a que aún la cartera trabajaba en la elaboración de las normas y reglamentos que permitirían estandarizar dicha aplicación.

Posteriormente, en marzo, y a dos semanas de asumir la actual administración, el gobierno decidió modificar el Protocolo de Objeción de Conciencia, eliminando la

exigencia que indica que las clínicas que mantuvieran convenios con el Estado en prestaciones obstétricas y ginecológicas no podrían hacer objeción institucional. Eso trajo consigo una serie de críticas.

Sin embargo la nueva ley resulta ser un avance menor frente a la realidad nacional en materia de aborto, en tanto abarca solamente al 3% de los casos de aborto clandestinos que se realizan en Chile. Esta nueva ley responde de algún modo a compromisos internacionales que estaban pendientes, pero ciertamente que ello no agota el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Por lo que creo necesario que para la eliminación real de esta discriminación en contra de la mujer, es necesario ampliar la iniciativa a “todos los casos”. Es preocupante pensar que aun con dicha legalización seguirán existiendo riesgos para las mujeres no comprendidas en dichas causales legales, quienes se verán obligadas a seguir realizándose abortos ilegales e inseguros.

Avanzar a un aborto libre, seguro y gratuito, que permita a las mujeres decidir sobre sus cuerpos y liberarse del espacio de maternidad obligatoria al que han sido confinadas por el Estado. Si una mujer aborta es porque no quiere ser madre y el Estado no puede obligarla, no tiene porqué obligarla, ese es otro tipo de violencia estatal donde nos quieren situar a las mujeres en un espacio obligado que es la maternidad”. Para la ONU, el obligar a una mujer a tener un hijo contra su voluntad, negándole el acceso al aborto libre y seguro, es constitutivo del delito de tortura.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ “Tiempo Recomendado para una Nueva Concepción Post Aborto Espontáneo”. Rev. Chilena de Obstetricia y Ginecología, 73 (2): 79-84, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext
- ✓ El Drama del Aborto: en Busca de un Consenso. Santiago de Chile. LOM Ediciones, 2007.
- ✓ Un Derecho para las Mujeres. La Despenalización Parcial del Aborto en Colombia. Bogotá, Colombia. Mayo de. http://www.humanas.org.co/html/doc/ponencias/libro_aborto.pdf.
- ✓ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. “La Licitud del Aborto Consentido en el Derecho Chileno”. Revista de Derecho y Humanidades (10); 143-181, 2004.
- ✓ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. “La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia”. Estudios Públicos (95): 43-89, año 2004. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html
- ✓ BERNAL, Gloria Elena. “La Reforma a la Ley del Aborto en la Ciudad de México: un debate singular”. En: Aborto: Acciones Médicas y Estrategias Sociales. Coordinadoras: Graciela Freyermuth y Erika Troncoso. Noviembre de 2008, México.
- ✓ BESIO Rollero, Mauricio. “Consideraciones Éticas sobre el Aborto Terapéutico”. Boletín de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, <http://escuela.med.puc.cl/publ/Boletin/Etica/ConsideracionesEticas.html>
- ✓ BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 2ª edición. Barcelona. Ed. Ariel, 1991.
- ✓ CARRASCO D., Sergio. “La Garantía Constitucional del Derecho a la Vida del que Está por Nacer”. En: XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público. Concepción, Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1987.
- ✓ CASTIÑEIRA Palou, María Teresa, “et al”. Lecciones de Derecho Penal, parte especial. 2ª edición. Barcelona, Ed. Atelier, 2009.
- ✓ CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR. “El Cairo y la Iglesia Católica: diez años después de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, 2004. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_amiciethics_cf
- ✓ CEBERIO B., Mónica. “Los países europeos con menores tasas de aborto tienen ley de plazos”. Revista Digital de Asociación de Hombres por la Igualdad de Género (AHIGE), 2009. Disponible en: http://boletin.ahige.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=902
- ✓ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. “Roe v. Wade and the Right to Privacy”. 3ª edición, 2003. Disponible en: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/roeprivacy.pdf>

- ✓ CENTRO DE ESTUDIO DE LA MUJER “et al”. Informe Alternativo sobre el Cumplimiento de la CEDAW en Chile. Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Chile, 2003. Santiago de Chile. La Morada, 2003.
- ✓ CENTROS DE ESTUDIOS EL DIA, Sondeo de opinión Universidad Central de Chile, Disponible en: www.ucentral.cl
- ✓ Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe. “Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004)”. Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC.Compilacion\(1977](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC.Compilacion(1977)
- ✓ CENTRO LEGAL PARA DERECHOS REPRODUCTIVOS Y POLITICAS PÚBLICAS. Perseguidas: proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador. New York, Estados Unidos. Ed. Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Publicas, 2000.
- ✓ CLADEM, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer. “Informe Nacional de Argentina sobre Aborto”. Disponible en: <http://www.cladem.org/espanol/nacionales/argentina/argentina.asp>
- ✓ COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA (CENC). Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Santiago de Chile, 1976-1988. 175
- ✓ COOK, Rebecca J. “Prólogo”. En: C-355/2006: Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional que Liberalizó el Aborto en Colombia. Women’s Link Worldwide, 2007. Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_c3552006.pdf.
- ✓ DE LA CRUZ, Melba y MERCADO, Elizabeth. “El Aborto Terapéutico en Nicaragua: el Dialogo como Parte de la Solución”. Acta bioética, 14 (1): 106-110, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2008000100014&script=sci_arttext
- ✓ DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. Código Penal de la República de Chile; y, Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, Chile. Editorial Edeval, 1974.
- ✓ DE MIGUEL, J.M. & DÍEZ NICOLÁS J., Políticas de Población. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe, 1985. Disponible en: www.ced.uab.es
- ✓ EDITORIAL REVISTA CHILENA DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGIA. “¿Unsafe Abortion en Chile?”. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, 73 (6): 359-361, 2008. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717->