



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**NATURALEZA JURÍDICA Y PROBLEMÁTICAS DE LA LEY QUE
DESPENALIZA EL ABORTO EN TRES CAUSALES**

CRISTOBAL RODRIGO RIVAS CONEJEROS
RAFAEL GUILLERMO LASALVIA REBOLLEDO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: José Ignacio Núñez Leiva

Santiago, Chile

2018

INDICE

1.	Introducción.....	2- 4
2.	Cuerpo de la obra:	
	2.1 Concepto de aborto e historia normativa en el ordenamiento jurídico chileno.....	5-19
	2.2 Análisis descriptivo entre la antigua legislación y la nueva.....	20-24
	2.3 Naturaleza jurídica de la interrupción voluntaria en las tres causales.....	25-28
	2.4 Identificación de problemáticas de la ley que despenaliza el aborto en las tres casuales.....	29-37
	2.5 Derecho comparado.....	38-50
	2.6 Análisis de ordenamientos jurídicos de otros países.....	51-60
3.	Conclusiones.....	61
4.	Bibliografía.....	62-65

INTRODUCCIÓN

El término “aborto” según la OMS, se entiende como la terminación del embarazo, cualquiera que sea su causa, antes de que el feto esté capacitado para la vida extrauterina¹. Por otro lado, la doctrina ha definido el aborto de variadas formas. En este sentido, Politoff el aborto es “dar muerte al feto”², en cambio para Etcheberry es “la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona”³. También encontramos definiciones como la de Labatut, que dice que “el aborto es la destrucción del producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina”⁴.

La estigmatización del aborto no siempre ha sido como un delito contra la vida del que está por nacer. En la antigua Roma, en un principio se le reconocía a la mujer un pleno derecho sobre su cuerpo, permitiéndole elegir arbitrariamente sobre la vida del que está por nacer. Dentro de este mismo contexto histórico, nace la prohibición al aborto por existir una ofensa al padre por afectar su descendencia.

Nuestra legislación también ha sufrido modificaciones, aunque siempre se ha tratado al aborto como un delito, en el año 1931 se despenaliza el aborto terapéutico como única causal, el cual posteriormente fue recogido por el código sanitario, permitiéndose éste en casos donde corriera peligro la vida de la madre, como establecía el art. 226 del código sanitario de 1931: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer. Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos. Cuando no fuere posible proceder en la

¹ Organización Mundial de la Salud (OMS), División de Salud Reproductiva. "Planificación Familiar Post-Aborto: Guía Práctica para Gerentes de Programas". New York, 1997 [en línea]. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/1997/WHO_RHT_97.20_spa.pdf. Consultado el 20 de Agosto de 2009.

² POLITOFF Sergio, GRISOLIA, Francisco y BUSTOS Ramírez, Juan. Derecho Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 142.

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

⁴ LABATUT GLENA, Gustavo: II Derecho Penal parte especial (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996, séptima edición), p. 126.

forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente”.

Posteriormente, en 1989 con la modificación del código sanitario y la creación de su artículo 119 se volvería ilícita en todo evento la práctica de la figura jurídica. De aquí en adelante habrá una constante e infructuosa lucha por intentar despenalizar el aborto. Esta lucha es en parte social, dado que en ciertos casos que ya mencionaremos, la población y principalmente la mujer, se ven imposibilitadas de ejercer una acción que en ciertos casos debería ser un derecho para ellas. Por otro lado, es una lucha jurídica por el hecho de que se han enviado variadas, y en forma reiterada, propuestas para ser discutidas en el congreso, pero estas no habían sido aprobadas ni siquiera para su discusión hasta el año 2015 en donde se comienza a promover lo que actualmente es la nueva ley de despenalización del aborto en sus tres causales.

Por lo demás, debemos tener en cuenta que en la vida en democracia de los tiempos modernos la sociedad está en constante cambio lo cual se debe ver reflejado en legislación de un país, por ende, podemos ver que el problema de la democracia en Chile es “la profunda brecha que existe entre una sociedad que cambia vertiginosamente los estilos de vida, y un sistema político auto referido que no logra captar esos cambios ni adecuarse a su ritmo”⁵.

Por otro lado, la normativa anterior sobre la interrupción del embarazo, que la prohibía sin excepciones, no responde al trato digno que el estado de Chile debe otorgar a la mujer en estas situaciones y situaba a nuestro país como uno de los cuatro en el mundo que lo criminalizaba en todas sus modalidades, además de El Vaticano, Nicaragua, El Salvador y Malta.

⁵ CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER “et al”. Informe Alternativo sobre el Cumplimiento de la CEDAW en Chile. Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Chile, 2003. Santiago de Chile. La Morada, 2003. p. 12.

Los casos de aborto a los cuales nos referimos son específicamente el del aborto terapéutico cuando corre riesgo la vida de la madre y cuando se sabe médica e indiscutidamente que el feto no nacerá con vida, cuando el embrión o feto padezca una patología congénita incompatible con la vida extrauterina independiente, y en el caso de ser resultado del delito de violación.

En conclusión, lo que pretendemos con ésta investigación es analizar y dar una perspectiva de la nueva ley sobre despenalización del aborto en sus 3 causales, revisando su naturaleza jurídica, los pros y contra de esta iniciativa y buscando posibles problemas que podría acarrear la nueva legislación, todo en perspectiva jurídica.

1. CONCEPTO DE ABORTO

Para poder entender cuál es la raíz de la problemática sobre el aborto, primero debemos saber y entender qué es el aborto y los distintos tipos que abordaremos. La palabra aborto proviene etimológicamente del latín *abortus*, formada del prefijo *ab* (privación), y *ortus* (levantarse, nacer). Por ende, tenemos como aborto la privación de nacimiento. Doctrinariamente el aborto ha sido definido de variadas formas, así Polittoff ha dicho que el aborto es “*dar muerte al feto*”⁶; para Carrara el aborto es “*la muerte dolosa del feto dentro del útero, o su violenta expulsión del vientre materno, de la que sigue la muerte del feto*”⁷; para Etcheberry es “*la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona*”⁸; para Del Río el aborto es “*la extracción o expulsión del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra el desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente en la mayor parte de los casos uno y otra coinciden*”⁹, en cambio para la ciencia médica, el aborto se concibe de manera distinta a como lo ve la doctrina, aquí se distingue entre aborto y parto prematuro, donde el primero operaría antes de los primeros 6 meses contados desde la fecundación; después de este plazo habría parto prematuro.

El motivo de nuestro estudio son 3 tipos específicos del aborto, los cuales son el aborto terapéutico, el eugenésico y el ético jurídico.

- ABORTO TERAPÉUTICO

Se entiende como aquel que se lleva a cabo en los casos en que la salud o vida de la madre corre riesgo grave. Para la doctrina, “*estrictamente hablando, el aborto terapéutico es el que se practica cuando el embarazo está poniendo en grave peligro la vida o la salud de la madre gestante*”¹⁰. Pero también se le llama

⁶ POLITOFF Sergio; GRISOLIA, Francisco; Y BUSTOS, Juan. “Derecho Penal Chileno”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 142.

⁷ CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal (Buenos Aires, 1945, pág. 322).

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

⁹ DEL RÍO, Raimundo. “Explicación de derecho penal, t. III”. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1945, pág. 281.

¹⁰ PRECHT J. “Consideraciones ético-jurídicas sobre el Aborto Terapéutico.” Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 n. ° 3, 1992, pág. 510.

aborto terapéutico al que se lleva a cabo cuando se ha comprobado de manera inequívoca la inviabilidad del feto, esto quiere decir, que el feto nacerá inevitablemente sin vida, lo cual provoca sin duda un terrible daño psicológico a la madre que debe cargar el feto en su vientre sabiendo que este no nacerá con vida.

Uno de los problemas es el concepto de salud; para la O.M.S. salud es “*la condición de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad*”¹¹, lo cual deja un margen muy amplio en cuanto a lo que es salud y en consecuencia, en qué casos se podría aplicar legítimamente el aborto terapéutico en caso de tener una legislación que lo permita.

El aborto terapéutico tiene un fundamento ético y humanitario, el cual es, evitarle un daño a la madre, el cual puede ser tanto físico como psicológico ateniéndonos al significado de salud que da la O.M.S., pero en ningún caso tiene como tiene como propósito el daño directo del feto en formación.

- **ABORTO EUGENÉSICO**

La etimología del término eugenesia hace referencia al “*buen nacimiento*”. Se trata de la disciplina que busca aplicar las leyes biológicas de la herencia para perfeccionar la especie humana. La eugenesia supone una intervención en los rasgos hereditarios para ayudar al nacimiento de personas más sanas y con mayor inteligencia.

Según el diccionario de filosofía (Cortés Morató y Martínez Riu, 1996), **Eugenesia / Eugenismo**: Por eugenesia se entiende cualquier procedimiento destinado al control genético hereditario de una especie. El eugenismo es la corriente ideológica que propugna la eugenesia para mejorar la especie humana. En el caso de la especie humana la eugenesia trata de controlar tanto las características humanas físicas como las mentales, en la medida en que al ser hereditarias puede tenerse un control sobre ellas.

¹¹ BESIO, Mauricio. “Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico” Boletín Escuela de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.

La eugenesia se puede tomar desde un punto de vista positivo o negativo. El primero es una visión perfeccionista del ser humano, que busca la perfección genética, además de otros motivos como el económico, dado que un neonato con malformaciones físicas puede tener un costo de mantención muy alto en comparación con un recién nacido sin problemas físicos y, siempre teniendo en cuenta la situación económica de la familia del infante. Desde el punto de vista negativo se dice que la eugenesia está destinada a corregir defectos genéticos, con el fin de evitar enfermedades y algunas tipologías de diversidad funcional o discapacidad.

- **ABORTO ÉTICO JURÍDICO**

El aborto ético social es aquel que es consecuencia de un embarazo producto de una violación. Para abordarlo primero tenemos que ver cuál es el significado de ética. Según la Real Academia Española, ética es “*parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre*”.

La ética define lo bueno, lo malo, lo obligatorio y lo permitido dentro del accionar humano. En consecuencia, podemos ver que el fundamento de este tipo de aborto está en lo inhumano, que un acto inmoral y prohibido tenga como consecuencia el embarazo de una mujer, y más aún, que esta mujer que puede haber quedado con secuelas graves tanto físicas como psicológicas tenga que lidiar con un embarazo absolutamente no deseado, el cual puede incluso agravar su malestar psíquico pudiendo tener graves consecuencias para ella, incluso llevándola a un aborto involuntario el cual podría provocar aun un mayor riesgo a su integridad física. Si bien, hay posturas que dicen que la mujer podría tener al recién nacido y posteriormente darlo en adopción, hay otras que son más liberales y pro aborto, que se fundamentan en la libertad de elección de la mujer y en su derecho fundamental a la salud tanto física como psíquica, y el sólo hecho de cargar con un feto en su vientre que es consecuencia de un acto tan repugnante como la violación podría atentar contra este derecho fundamental.

- **ABORTO PROPIAMENTE TAL**

Actualmente nuestra doctrina y jurisprudencia buscan incorporar en el concepto de aborto tanto la expulsión como la muerte del feto, definiéndolo como “interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la madre”¹². Esta postura se encuentra apoyada por la Corte Suprema en fallo de 1955 quien define el aborto como “toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue a su término natural, independientemente de que el feto se haya o no desprendido del cuerpo de la madre, siendo lo esencial que se le haya privado de vida, aunque sea dentro del seno materno”. Este concepto viene a subsanar problemas jurídicos de interpretación que surgían con conceptos doctrinarios anteriores, pues no le entrega la calidad de persona al feto y viene a tutelar la vida del producto de la concepción, que es en definitiva el bien jurídico tutelado en el delito de aborto.

Este último concepto entregado por la Corte Suprema nos servirá como punto base para el desarrollo del presente trabajo, debido a ser suficiente por si misma para definir en términos generales el aborto.

2. HISTORIA NORMATIVA CHILENA¹³

- **LAS SIETE PARTIDAS**

La historia legislativa chilena del aborto se remonta hacia el siglo XVII, en donde nuestro país se regía por el Derecho Indiano y la *Recopilación de Leyes de Indias*. Sin embargo, este compilado de leyes, que regulaban distintas materias, no era suficiente en materia penal por lo que era menester dirigirse al Derecho Castellano, el cual tenía el carácter de subsidiario según lo disponía la Ley II, Título I del Libro Segundo de la *Recopilación de Leyes Indias*. En efecto esta ley

¹² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; Y RAMIREZ, María. “Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial.” Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 93.

¹³ Nuestro objetivo al hacer una reseña de las Siete Partidas y del Código Penal de 1874 es mostrar que prácticamente nuestra historia penal abortiva no ha variado significativamente desde las Siete Partidas hasta nuestro actual Código Penal, y sobre todo desde el Código Penal de 1874, lo cual es preocupante, dado que la legislación de un país debe ir cambiando acorde a los cambios y realidades sociales, y claramente la sociedad de 1874 no es la que encontramos hoy en día.

disponía “Ley ii. Que le guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de las Indias.”¹⁴.

De tal forma, el único cuerpo legal que en esos años se refería al aborto era las Siete Partidas, que disponía las distintas figuras de aborto y sus respectivas sanciones. Este cuerpo, en su **Partida 7, Título 8, Ley 8**, tipificaba el delito de aborto de la siguiente manera:

*“Mujer preñada que beviere yervas á sabiendas, ó otra cosa qualquier, con que echase de sí la criatura, ó se firiessse con puños en el vientre, ó con otra cosa, con intencion de perder la criatura, é se perdiessse por ende, dezimos, que si era ya biva en el vientre estonze, quando ella esto fiziere, que deve morir por ello. Fueras ende, si gelo fiziessen fazer por fuerza, assi como fazen los judios á sus moras; ca estonce el que lo hizo fazer deve aver la pena. E si por aventura non fuesse aun biva, estonce non le deven dar muerte por ello; mas deve ser desterrada en alguna isla por cinco años. Essa misma pena dezimos que deve aver el ome que fiere á su mujer á sabiendas, seyendo ella preñada, de manera que se perdiessse lo que tenia en el vientre, por la ferida. Mas si otro ome extraño lo fiziessse, deve aver pena de homicida, si era biva la criatura, quando morio por culpa del; é si non era aun biva, deve ser desterrado en alguna isla por cinco años”*¹⁵

Como previamente se expresó, esta norma penaliza distintas figuras de aborto, a saber:

1. **Aborto cometido por la propia mujer embarazada:** Si la mujer, con conocimiento de causa y sin ser violentada a ello, perpetrare actos que tuvieren como consecuencia la pérdida del feto sufrirá la pena capital si este se hubiese encontrado vivo, o destierro a una isla por cinco años si este se encontraba muerto al ejecutar los actos.

¹⁴ Ley II, Título I, Libro II. “Recopilación de las leyes de las Indias. Libro Segundo, Titulo Primero. De las leyes, provisiones, cédulas y Ordenanzas Reales” p. 2. [En Línea] Disponible en web: <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html>

¹⁵ PACHECO, Joaquín F. “El Código Penal, Concordado y Comentado” (III). Tomo III. Madrid, España. Imprenta de. D. Santiago Saunaque. 1849. p. 37. [En Línea] Disponible en web: http://books.google.cl/books?id=ABO_Xso7akgC

2. **Aborto cometido por el marido:** El marido que intencionalmente provocare aborto en su mujer, sufrirá de la misma pena que la mujer.
3. **Aborto cometido por tercero extraño:** El tercero extraño que cause la muerte del feto sufrirá la pena de homicida. Sin embargo, si la criatura no se encontraba viva sufrirá la pena de destierro en alguna isla por cinco años.

- **CÓDIGO PENAL DE 1874**

En el año 1975 entra en vigencia el texto original del Código Penal, el cual en el Título Séptimo del Libro Segundo denominado “CRIMENES I SIMPLES DELITOS CONTRA EL ÓRDEN DE LAS FAMILIAR I CONTRA LA MORALIDAD PÚBLICA” regula en sus artículos 342 a 345 las distintas figuras del delito de aborto, distinguiendo según el sujeto activo que realice la conducta. La Comisión Redactora basó su redacción en el Código Penal Español de 1848¹⁶, utilizando casi literalmente la redacción de los artículos 337 al 340 de éste código.

Sin embargo, al estudiar la historia fidedigna de nuestro código punitivo es posible notar que para sus autores existía la posibilidad de que un aborto pudiese ser lícito, específicamente cuando un médico provocare un aborto para salvar la vida de una mujer a modo de permitir el actual “aborto terapéutico”. En efecto, el artículo 337 del Código Penal de España en su parte inicial disponía lo siguiente: “El que de propósito causare un aborto será castigado: (...)”¹⁷. Este artículo, original de la legislación española, recibió una modificación en nuestra legislación por solicitud del señor José Antonio Gandarillas, quien argumentó lo siguiente: “la expresión de propósito pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fé,

¹⁶ Así lo señaló el comisionado Reyes en la sesión preparatoria de 8 de marzo de 1870 “(...) *seria hasta cierto punto más natural la adopción del Código español, por cuanto era una reforma verdadera de nuestra legislación vigente, ventaja de que carecía el Código belga.*” y posteriormente en la segunda sesión “(...) *tanto por nuestras costumbres, más en relación con las del pueblo español que con las del belga, como por ser más completo, debía adoptarse el Código español como punto de partida para los debates.*”

De igual forma, en la sesión 66 de 15 de noviembre de 1871 se reafirmó la posición de preferir la legislación española por sobre la belga en lo que respecta al aborto, en base a la siguiente argumentación “*Se adoptaron como base las disposiciones del Código español relativas a esta materia, con preferencia a las del belga, por ser iguales en el fondo i mas claras que éstas*”

¹⁷ Código Penal de España, Edición Oficial Reformada. Madrid, España. Imprenta Nacional 1850. p. 86.

proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar el aborto i da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro”¹⁸.

Nuestro texto original si bien poseía todas las características de una legislación prohibitiva al respecto, siempre existió la posibilidad de ejecutar un aborto de buena fe a fin de salvar la vida de una mujer. Posibilidad, que como se verá más adelante, ha sido negada rotundamente, mutando hacia una legislación aún más prohibitiva y conservadora de lo que inicialmente era.

En definitiva, con la entrada en vigencia del Código Penal de 1874 nacieron para nuestro derecho penal distintas formas *típicas de aborto, las cuales se pueden clasificar de la siguiente forma*¹⁹:

1. Aborto cometido por tercero extraño

- a. **Con violencia:** Artículo 342 N° 1.
- b. **Sin consentimiento ni violencia:** Artículo 342 N° 2.
- c. **Aborto preterintencional:** Artículo 343.

2. Aborto voluntario

- a. **Autoaborto:** Artículo 344 inciso 1°, 1ª parte.
- b. **Con consentimiento:** Artículo 344 inciso 1°, 2ª parte y Artículo 342 N° 3.
- c. **Aborto Honoris Causa:** Artículo 344 inciso 2°.

3. Aborto cometido por facultativo: Artículo 345.

- **D.F.L. N° 226 DE 1931 Y EL CÓDIGO SANITARIO**

En el año 1918 se publicó el primer Código Sanitario de nuestro país. Este código no traía consigo ninguna regulación importante para la materia en estudio, aún en situaciones que era imperativo regular una práctica que día a día adquiría más protagonismo en nuestra realidad social, según relata el jurista Florencio Bañados Espinosa en el año 1920: “Este crimen (el aborto), que por desgracia se ha vuelto tan común, al extremo de haber llegado a vulgarizarse, ha tomado todas

¹⁸ Sesión 160, de 25 de junio de 1873 “Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno” Santiago, Chile. La República, 1873. p. 289.

¹⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; Y RAMIREZ, María. óp. cit.

las proporciones de una plaga social”²⁰. Se ha argumentado que en aquella época, las principales justificaciones para realizar estas intervenciones eran a raíz los numerosos casos de rubéola y sífilis que presentaban las mujeres, condiciones que aumentaban las probabilidades de gestar un feto con graves trastornos.²¹

Posteriormente, y con la necesidad sanitaria de regular la práctica de abortos dentro de un marco legal, es que se dicta en el año 1931 el Decreto con Fuerza de Ley N° 226 del Ministerio de Bienestar Social, el cual implementaba nuestro segundo Código Sanitario. Este D.F.L. viene a regular lo que el espíritu del Código Penal buscaba en el año 1874, estableciendo la licitud del aborto con fines terapéuticos.

Concretamente, el Código Sanitario de 1931 regulaba en el Libro IV, Título III “Del ejercicio de la medicina y profesiones similares” en su artículo 226 lo siguiente:

“Artículo 226. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

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

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

Esta norma no es encuentra exenta de críticas, ya que no fue lo suficientemente clara en su redacción, limitándose solo a regular los requisitos formales para la práctica de dicha intervención pero sin entregar sus causales ni definir lo que se entiende por “fines terapéuticos”, quedando al arbitrio y ética de los médicos el interpretar cuando un fin era terapéutico. De tal forma, debemos entender que la utilización del concepto “fines terapéuticos” indica una causal de

²⁰ BAÑADOS, Florencio. “Código Penal de la República de Chile Concordado y Comentado”. Santiago, Chile. L.A. Lagunas M., 1920. p. 259.

²¹ GUAJARDO, Alejandro; y JARA, Myriam. “El Aborto en Chile. Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas” Santiago, Chile. 2010, p. 29.

justificación de carácter más o menos amplio, según sea la interpretación que le dieran los facultativos.

La redacción de este artículo no generó una disminución considerable en la realización del delito, ya que el número de mujeres que realizaban abortos de manera clandestina mantuvo cifras bastante altas en los años siguientes, estimándose que “a principios de los años treinta más de la mitad de mujeres que se habían inducido un aborto eran hospitalizadas. Para 1940, la cantidad de mujeres que se habían realizado un procedimiento de aborto y terminaban hospitalizadas llegaba a 16.560, casi 14 por mil mujeres en edad fértil. En 1960, estas cifras aumentaron más del doble llegando a 48.186.”²²

- **D.F.L. N° 725 DE 1967**

El 11 de diciembre de 1967 entró en vigencia el D.F.L. N° 725, que aprobó el texto del nuevo Código Sanitario. Sin embargo no trajo consigo mayores cambios a la legislación del aborto y solo se limitó a modificar los aspectos formales su realización. El antiguo artículo 226 fue sustituido por el artículo 119, que disponía lo siguiente:

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

Como se puede apreciar, el concepto de “fines terapéuticos” se mantuvo intacto. Sin embargo, fueron los criterios utilizados para definir estos fines los que sufrieron un cambio significativo, pues la doctrina era de la opinión que esta causa de justificación no exigía una situación de peligro actual o inminente para la vida de la mujer, sino que también abarca una situación de peligro futuro, ya sea para la vida o para la salud de la mujer.²³

Esta evolución interpretativa ganó mayor importancia en marzo de 1973. Bajo el gobierno del Presidente de la República Salvador Allende se realizó una

²² *Ibíd.*, p. 30.

²³ BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004. p. 149

interpretación amplia de la causal de justificación por parte de todo el personal del sector de abortos del Hospital Barros Lucos. De tal modo, el Departamento de Ginecología y Obstetricia puso en marcha un plan piloto para la realización de abortos lícitos en condiciones seguras y sin costo para mujeres del sector sur de Santiago y con tres meses de embarazo máximo. Bajo este plan se realizaron aproximadamente 20 abortos diarios durante un periodo de seis meses, indicando la positiva recepción que tuvo esta política sanitaria.²⁴

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980**

Con el quebrantamiento de la institucionalidad en nuestro país, el 11 de septiembre de 1973, y la llegada del régimen militar del General Augusto Pinochet se pone fin e se mismo día a la práctica de abortos lícitos realizados en el Hospital Barros Luco.

El 24 de septiembre de 1973 se celebra la primera sesión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, la cual tenía como objetivo la preparación del anteproyecto de la Constitución de 1980²⁵.

El 12 de noviembre de 1974, en la sesión n° 86, comienza en dicha comisión la discusión del derecho a la vida como garantía constitucional en relación con la protección del que está por nacer. Dentro de esta discusión, es concluyente la posición de don Jaime Guzmán, quien con su marcada tendencia cristiana influyó profundamente la dirección de la discusión hacia un ámbito religioso y moral, a los cuales no ahondaremos.

Finalmente con el plebiscito nacional de 1980 se aprueba la Constitución Política, la cual entra en vigencia el 11 de marzo de 1981, estableciendo en su artículo 19 n° 1:

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

²⁴ MONTEBRUNO, P; y DELGADO, A. “La vía chilena hacia el aborto”. Archivo The Clinic, 13 Marzo, 2012.

²⁵ Oficialmente, dicha comisión sería creada por el Decreto Supremo N° 1.064, de 25 de octubre de 1973 y publicado en el Diario Oficial el día 12 de noviembre de 1973.

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

La ley protege la vida del que está por nacer.

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

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo;”

La redacción de este numeral solo se remite a la protección de la vida del que está por nacer, lo cual permitirá abrir la discusión respecto a la constitucionalidad del aborto terapéutico contemplado en el artículo 119 del Código Sanitario.

- **LEY N° 18.826**

El Almirante Comandante en Jefe de la Armada y miembro de la Junta de Gobierno, José Toribio Merino presentó la moción de ley referente a la protección de la vida del que está por nacer. Este proyecto tenía por objeto “*contribuir a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19, N° 1, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental*”²⁶ y posteriormente se reafirma en el informe técnico que la disposición del Código Sanitario “*(...) es inconstitucional y debe ser reemplazada toda vez que no proteja en absoluto, la vida del que está por nacer y, en definitiva, autoriza su muerte. La ambigüedad y amplitud de sus términos no significa otra cosa que la legalización o autorización del aborto hecho por un médico (...)*”²⁷. Igualmente, en dicho proyecto se busca reformar el Código Penal pues “*éste al señalar las penas para las conductas típicas incurre en una doble valoración de la “vida”, según sea que el ser haya nacido o aún se encuentre en el vientre materno*”²⁸, es decir se valora menos la vida intrauterina, lo que en definitiva “*(...) no resulta consecuente si se otorga un mismo e igual valor a la vida en uno y otro caso (...)*”²⁹.

Para efectos de este estudio, solo nos centraremos en las modificaciones del artículo 119 del Código Sanitario, debido a que durante la tramitación del proyecto de ley se decide eliminar las modificaciones al Código Penal por no ser de

²⁶ Historia de la Ley N° 18.826. p. 4.

²⁷ *Ibíd.*, p. 8.

²⁸ *Ibíd.*, p. 4.

²⁹ *Ibíd.*, p. 8.

carácter sustancial, ya que las normas preexistentes ya entregarían la debida protección de la vida del que está por nacer que ordena la Constitución. De modo tal que el fondo del asunto discutido en la historia de la ley, se basa en la redacción del artículo 119 del Código Sanitario, el cual tenía la siguiente redacción en la moción:

“Artículo 119: El médico cirujano, la matrona o cualquier otro profesional médico o paramédico no podrán ejecutar acción alguna destinada a producir la interrupción del proceso de gestación de un ser humano, se produzca o no expulsión de éste.

No se considerarán destinadas a producir la interrupción del proceso de gestación, aquellas acciones médicas que necesariamente deban ejecutarse en la mujer gestante durante el curso del tratamiento de una enfermedad grave y que provocan indirectamente la muerte del feto, aun cuando ésta fuera previsible.

Con todo, las circunstancias de tratarse de una enfermedad grave y la necesidad de ejecutar la acción médica sobre la mujer, a que se refiere el inciso precedente, serán certificadas por, a lo menos, un médico cirujano especialista en obstetricia, un médico cirujano especialista en pediatría, y un tercer médico cirujano que, si es del caso, deberá ser el Jefe del Servicio o Establecimiento hospitalario en el que se encuentre la gestante enferma. En las localidades en que no haya especialistas de los señalados en este inciso, bastará la certificación de dos médicos cirujanos.”

La tramitación de este proyecto de ley fue bastante compleja, pasando por cuatro comisiones legislativas y diversos informes técnicos de médicos, religiosos y académicos. En principio, solo la primera comisión legislativa se mostró abierta a la idea de legislar a fin de perfeccionar las normas vigentes como medida de protección a la vida del que está por nacer. La segunda comisión se opone a la idea de legislar debido a que en esos momentos, la realización de abortos terapéuticos es prácticamente por lo que sería innecesario legislar sobre un problema inexistente. La tercera comisión se opone argumentando que no es

procedente eliminar el aborto terapéutico sino perfeccionarlo e incluso dar salida a situaciones excepcionales. Por último, la cuarta comisión también rechaza la idea pues el aborto se encontraría en desuso y además, por ser la tendencia legislativa de otros países el despenalizar el aborto.³⁰

Indiferente a las opiniones de las comisiones y a la negativa a legislar de la comisión conjunta por ser innecesario, la Junta de Gobierno³¹ en sesión legislativa de 19 de abril de 1989, toma la decisión de remitir el proyecto nuevamente a la comisión conjunta, con la ya referida eliminación a las modificaciones del Código Penal, para que el proyecto sea reestudiado y aprobada la sola reforma al Código Sanitario. Esta decisión se dio principalmente por la insistencia del Almirante de mantener una legislación restrictiva y expresa respecto a la prohibición que se trata, opinión que se vio reforzada por carta enviada por el Obispo de Rancagua, Jorge Medina Estévez y que sería determinante para la nueva decisión de la comisión conjunta³². En primer informe complementario de la comisión conjunta se reforma la redacción original del artículo 119 del proyecto, la cual eliminaría la legitimidad del aborto terapéutico y volvería ilícito ante todo evento la práctica de esta figura, no obstante lo anterior el médico que realizare acciones que indirectamente provoquen aborto, siempre tendría la posibilidad de evitar la sanción “*por vía de exculpación*”, es decir, acreditando la irreprochabilidad de su conducta por la concurrencia de circunstancias concomitantes que significaren la no exigibilidad de una conducta conforme a los mandatos del Derecho Penal. En consecuencia, el modificado artículo 119 tendría la siguiente redacción:

“Artículo 119.- No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto.”

Dicha redacción no permite la ejecución de acciones directas destinadas a provocar abortos, pero los procedimientos médicos empleados para salvar la vida

³⁰ Informe Comisión Conjunta. *Ibíd.*, p. 117-119

³¹ La Junta de Gobierno se integraba por el General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea Fernando Matthei; el Teniente General de Ejército Santiago Sinclair; el General Director de Carabineros Rodolfo Stange; y el Almirante, Comandante en Jefe de la Armada José Merino.

³² BASCUÑAN, *op. cit.*, p. 154.

de la madre y que tengan paralelamente el resultado no buscado ni deseado, de causar la muerte del feto, serían legítimos en virtud de la doctrina del doble efecto. Sin embargo, como analizaremos posteriormente, esta posición no es del todo correcta.

En sesión legislativa de 17 de agosto de 1989, la junta remitió por tercera y última vez el proyecto a la comisión conjunta la cual en el estudio de la norma determino que en tal redacción el término “acción directa” podría representar interpretaciones erradas y contrarias al espíritu de la ley. De tal modo, se propuso utilizar el vocablo “fin”, entendido en su acepción de “*objetivo o motivo con que se ejecuta una cosa*”, el cual le entregaría mayor objetividad a la norma.³³ La comisión propone la siguiente redacción:

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

La Junta de Gobierno aprueba el proyecto de forma unánime en los términos propuestos. Éste fue promulgado el 28 de agosto del 1989 y publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 1989.

Habiendo hecho una reseña de la historia del aborto en Chile, podemos concluir que en nuestra historia legislativa el aborto no siempre ha sufrido una regulación prohibitiva como lo es hoy día. Han existido distintos momentos y diversos debates principalmente sobre la admisibilidad del aborto terapéutico, siendo este finalmente prohibido y eliminado de nuestra legislación, sin dejarle posibilidad alguna en casos de extrema necesidad, debiendo incurrir el facultativo en la toma de decisión cuando la vida de la mujer pelagra pero a costa de ser penalmente responsable, quedando como única salida de los médicos la exculpación por irreprochabilidad de su conducta.

Nuestro trabajo se centrará no solo en la admisibilidad y viabilidad del aborto terapéutico en nuestra legislación sino que también nos enfocaremos en el aborto ético jurídico y el aborto eugenésico, realizando un análisis de estos y viendo si

³³ Historia de la Ley, *op. cit.*, p 187.

tienen una real cabida en nuestra realidad social y, por ende, en nuestra legislación, tanto penal como sanitaria.

ANÁLISIS DESCRIPTIVO ENTRE ANTIGUA LEGISLACIÓN Y NUEVA

1-. Normativa anterior relativa al aborto

En el ordenamiento jurídico Chileno se contemplan regulaciones en materia de aborto y protección de la vida del que está por nacer en 4 normas diferentes. Así podemos ver en la Constitución Política de la República, en el Código Penal, el Código Civil y el Código Sanitario.

1.1 Constitución Política de la República

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.³⁴

1.2 Código Penal

Artículo 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada”. 2° “Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Artículo 343. Será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio, el que con violencia 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.

Artículo 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Artículo 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.³⁵

³⁴ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. CPR. Mayo 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/1lzdy>

³⁵ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Código Penal. Mayo 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/1m07c>

1.3 Código Civil

Artículo 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.³⁶

1.4 Código Sanitario

Artículo 16. Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan. La tuición del Estado comprenderá la higiene y asistencia social, tanto de la madre como del hijo.

Artículo 50. Los Oficiales del Registro Civil deberán dar a conocer de inmediato a la autoridad sanitaria local las defunciones causadas por enfermedades de declaración obligatoria y por aborto. Este aviso se remitirá por escrito inmediatamente después de practicada la inscripción y en él se expresarán el nombre, sexo, profesión u oficio, nacionalidad, estado civil, la fecha y lugar de la defunción, causa de ésta y el último domicilio del difunto, así como el nombre y domicilio de la persona que haya solicitado la inscripción.

Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.³⁷

2-. Actual normativa y análisis descriptivo

La Ley 21.030 es la encargada de modificar ciertos preceptos legales y que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Principalmente la norma legal que se modifica con mayor énfasis es el artículo 119 del Código Sanitario, incorporando además el artículo 119 bis, 119 ter y 119 quáter.

³⁶ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Código Civil. Mayo 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

³⁷ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley N° 18.826. Mayo 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30202>

Acá podemos ver un cambio radical en donde pasamos de una legislación que impedía de cualquier forma realizar o llevar a cabo alguna acción que tuviera como fin el aborto, a una normativa que si bien no es absolutamente permisiva, sí permite el aborto en tres causales específicas.

El nuevo artículo 119 del Código Sanitario si bien se autoriza la interrupción del embarazo, debemos entender que esta permisividad está sujeta a una serie de condiciones y regulaciones que pasaremos a ver a continuación.

1- Causales en que se permite interrumpir el embarazo.

- . Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital.
- . En el caso en que el feto padezca una enfermedad o malformación que no sea compatible con la vida extrauterina independiente.
- . Cuando el embarazo sea producto de una violación.

2- Condiciones generales para poder llevar a cabo la interrupción del embarazo.

. La mujer deberá manifestar su voluntad de interrumpir el embarazo. Si la mujer sufre de alguna discapacidad sensorial o psíquica que no ha sido declarada judicialmente y además si la mujer no puede darse a entender por escrito se deberá estar a lo dispuesto en la ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Ahora bien, si la persona ha sido declarada judicialmente interdicta se deberá solicitar la autorización a su representante legal. Así también sucederá si la niña es menor de 14 años, y si este no es habido, un integrante del equipo de salud deberá asistir a la niña para solicitar la intervención de un juez de familia el cual deberá resolver sin forma de juicio y de manera verbal en plazo de 48 horas.

En el caso que esto no sea posible realizar la manifestación de voluntad por motivos que se enumeran en el artículo 15 letras b) y c) de la ley N° 20.584 no será requerida la manifestación de voluntad por parte de la mujer ni la de su representante legal.

. La voluntad expresada por la persona se debe llevar a cabo de manera libre y sin ningún tipo de coacción en su decisión.

. El equipo de salud o el profesional a cargo deberá encargarse de informar a la persona de todas las alternativas a la interrupción del embarazo.

. En el caso de que la interrupción del embarazo sea solicitada por una adolescente mayor de 14 años pero menor de 18 años, se deberá informar a su representante legal.

- Casos en que la autorización de un representante legal puede ser reemplazada por autorización judicial.

. En primer lugar, tratándose de la falta de autorización del representante legal de una niña menor de 14 años.

. Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer declarada judicialmente interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad³⁸

. Cuando la persona que pretende interrumpir el embarazo es mayor a 14 años y menor de 18 años y se encuentra en la misma situación del punto anterior.

- Condiciones específicas para poder llevar a cabo la interrupción del embarazo

. Respecto de la situación en que la mujer se encuentre con riesgo vital, se deberá constar con un diagnóstico médico que acredite la situación de riesgo vital de la mujer.

. En el caso de interrupción por enfermedad o condición incompatible con vida extrauterina, se deberá contar con dos diagnósticos médicos de especialistas.

. En el último caso de interrupción por embarazo producto de una violación, no deben haber transcurrido más de doce semanas de gestación, esto en caso de

³⁸ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley 21.030. Mayo 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>

adolescentes mayores de 14 años. Si se trata de una niña menor de 14 años, sólo podrá realizarse la interrupción si no han transcurrido más de 14 semanas de gestación. Además se debe confirmar la ocurrencia del hecho por parte de un equipo médico debiendo informar al representante legal de la persona si lo hubiere, y al jefe del establecimiento. Una vez confirmados el hecho de la violación, siempre que se trate de una víctima menor de 18 años, los jefes del establecimiento médico deberán proceder de oficio en conformidad al artículo 369 del Código Penal que faculta a cualquier persona que tome conocimiento de un delito de violación de un menor de edad a denunciarlo al ministerio público o la policía. Por otro lado el Código Procesal Penal en sus artículos 175 letra D y 200 establecen una obligación para los jefes y profesionales de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares, de denunciar cualquier señal de que una persona hubiere sido víctima de la comisión de un delito o tuviere lesiones corporales significativas.

La ley 21.030 igualmente traspasa la obligación de denunciar ante el Ministerio Público el delito de violación, a los jefes de los establecimientos, aun cuando la víctima sea mayor de 18 años.

En esta nueva ley 21.030, nace un derecho tanto para los profesionales médicos como para los propios establecimientos particulares de poder abstenerse de realizar interrupciones a embarazos que encajen dentro de las causales específicas de interrupción que establece la ley. Este derecho se denomina objeción de conciencia, pero a este nos referiremos más adelante con mayor detalle.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES

Para poder dilucidar la naturaleza jurídica de esta institución primero debemos saber que se considera por aborto y que se considera por interrupción voluntaria del embarazo.

Para la Real Academia Española de la Lengua el aborto es la interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas.³⁹ De esta definición podemos desprender que para el concepto de aborto no importaría la causal que provoca este hecho, ni si esta es voluntaria o no. Ahora bien debemos preguntarnos porque la ley 21.030 se denomina como aquella que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales y no despenalización del delito de aborto en tres causales. Para poder entender la diferencia entre aborto e interrupción voluntaria del embarazo debemos observar que el aborto es toda interrupción del embarazo sin importar la causa, pudiendo ser aborto de un producto tanto deseado como no deseado, en cambio respecto de la interrupción voluntaria del embarazo se tiende a estigmatizar y acreditar solo al embarazo no deseado, lo cual no es enteramente cierto si tenemos en cuenta la interrupción del embarazo como medida de salvaguardar la salud y vida de la madre cuando ésta está en riesgo, o incluso como medida de atenuar el daño psíquico que se genera a la madre que debe tener todo el periodo de gestación a su hijo sabiendo que éste no logrará sobrevivir fuera del vientre materno. Por esto es que debemos tener una visión un poco más abierta y comprender de mejor manera el porqué de estas tres causales de interrupción.

Lo que debemos hacer a continuación es preguntarnos cuál es la naturaleza jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, si acaso es un derecho que se le otorga a la mujer, si es una atenuante del sistema penal chileno o es una manera de despenalizar una conducta a la cual se le atribuía una pena.

³⁹ Real Academia Española. Aborto. 24 de Mayo de 2018. Disponible en <http://dle.rae.es/>

Si suponemos que la respuesta a nuestra incógnita es un derecho que se le otorga a la mujer, ¿qué tipo de derecho sería este? Debemos entender que éste sería un derecho subjetivo el cual según Agustín Squella se define como “la facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación”⁴⁰, y podríamos calificar este derecho subjetivo como un equivalente a una autorización. Siguiendo con la hipótesis del derecho subjetivo, podemos ver que a la mujer se le está concediendo algo, se le está permitiendo realizar una acción que antes no era permitida y se está obligando tanto a los profesionales de la salud como a establecimientos de salud tanto públicos como privados a que realicen un determinado comportamiento, que en éste caso sería llevar a cabo la interrupción del embarazo, inclusive si el profesional de la salud o el establecimiento particular manifestaron su objeción de conciencia, igualmente están obligados, y así establece la ley 21.030 en su artículo 119 ter, refiriéndose al caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número uno del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo⁴¹. Por ende, si analizamos bien lo anteriormente dicho podríamos estar frente a un derecho en el cual la norma jurídica le reconoce a la mujer una determinada facultad, la cual puede ser exigida por ella en ciertos casos de manera inexcusable por parte del obligado, en donde el legislador ponderó y priorizó el derecho a la vida de la mujer por sobre el derecho del profesional de la salud que objetó de conciencia. Para confirmar más aun esta idea podemos remitirnos a la observación realizada por la ex Presidenta de la República, las cuales podemos ver en el fallo del Tribunal Constitucional, con fecha 28 de agosto de 2017, y en donde la ex Presidenta se refiere en reiteradas ocasiones a la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho que puede ejercer la mujer en tres causales específicas.

⁴⁰ Squella Narducci, Agustín. Introducción al Derecho. Editorial jurídica. Pag. 102.

⁴¹ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley Número 21.030. Mayo 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>

Cabe señalar y hacer hincapié en que la ley 21.030 no obliga ni impulsa a nadie a realizar una interrupción del embarazo, sino que da las herramientas a las mujeres para que en esas tres terribles causales tengan una opción o incluso un derecho que les muestre una salida a tan terrible situación.

Si vamos avanzando en el tema, podemos darnos cuenta de que la ley 21.030 establece que lo que se regula es la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales pero no así la despenalización del aborto como tal, o sea lo que se pretende es que una conducta anteriormente tipificada como delito deje de tener tal carácter, pero se debe tener en consideración que no se está despenalizando el aborto, y así lo establece el artículo 2° de la ley 21.030 que establece: “Reemplazase el artículo 344 del Código Penal por el siguiente: Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley causare su aborto o consintiere en que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menos en su grado máximo...”⁴² Lo que está haciendo el legislador es que la conducta delictiva tenga ciertas causales en que si se cumple alguna causal del artículo 1°, inciso primero de la ley 21.030, además de cumplir con todos los requisitos y condiciones legales no será considerada como una conducta delictual.

Todo lo anterior nos va despejando un poco el camino al entendimiento de cuál es la naturaleza jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Ahora bien, debemos también enfocarnos un poco desde el punto de vista de la mujer como un derecho propio del género femenino, éste no es un derecho que pertenezca a todos, sino más bien un derecho propio de la mujer, y como tal la mujer es la que se veía vulnerada muchas veces en sus derechos antes que se promulgara la ley 21.030.

Para entender un poco más el punto de vista femenino sobre el tema podemos tomar como ejemplo la fundación PRODEMU (fundación promoción y desarrollo de la mujer), la cual da una explicación de porqué los derechos sexuales y reproductivos son tan importantes, si bien son propios e importantes para todas

⁴² Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley Número 21.030. Mayo 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>

las personas, pero con mayor importancia para la mujer, esto se debe a dos motivos principalmente; porque la toma de decisiones sobre el cuerpo, la sexualidad y reproducción implica poder y autonomía.⁴³ Por otro lado, porque la toma de decisiones sobre la sexualidad y reproducción permite construir ciudadanía, asumiendo los derechos y las responsabilidades que las personas tienen respecto a esos temas.⁴⁴

Hoy en día la mujer tiene variados derechos reproductivos y sexuales como por ejemplo el derecho a decidir de forma libre sobre el cuerpo y la sexualidad, el derecho a ejercer y disfrutar plenamente la vida sexual, el derecho a decidir con quien compartir la vida y la sexualidad, el derecho al respeto de la intimidad y la vida privada, y unos muy relacionados con el tema que nos convoca es el derecho a la libertad reproductiva y el derecho a obtener los servicios de salud sexual y reproductiva.⁴⁵ También debemos tener claro que hoy en día la sexualidad no está obligatoriamente relacionado con la reproducción, en el presente la mujer tiene plena libertad de ejercer estos derechos de manera conjunta o separada, ahora bien sin perder de vista que en Chile la posibilidad del aborto no es libre, sino que se enfoca en tres causales particulares, pero aun así ampliando el ejercicio de los legítimos derechos que debe tener la mujer.

Visto lo anterior, si bien en Chile se ha avanzado con la ley 21.030, se ha logrado dar un paso adelante en cuanto a los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, se debe reforzar aún más el área con los procedimientos y redes de apoyo a la mujer para que ésta pueda decidir sobre su cuerpo sin temor a represalias por parte de la legislación y la justicia.

⁴³ Podemu. Derechos sexuales y reproductivos. Junio 28, 2018. Disponible en <http://www.prodemu.cl/wp-content/uploads/2017/09/N%C2%BA1-Derechos-Reproductivos.pdf>

⁴⁴ Prodemu. Derechos sexuales y reproductivos. Junio 28, 2018. Disponible en <http://www.prodemu.cl/wp-content/uploads/2017/09/N%C2%BA1-Derechos-Reproductivos.pdf>

⁴⁵ Prodemu. Derechos sexuales y reproductivos. Junio 28, 2018. Disponible en <http://www.prodemu.cl/wp-content/uploads/2017/09/N%C2%BA1-Derechos-Reproductivos.pdf>

PROBLEMÁTICA DE LA NUEVA LEY QUE DESPENALIZA EL ABORTO EN 3 CAUSALES

Primera problemática: La objeción de conciencia

Primero debemos definir qué es lo que se entiende por objeción de conciencia, la objeción de conciencia es reconocida como una de las formas de manifestación del derecho a la libertad de conciencia y religión, la cual enfrenta un conflicto entre un deber legal y una convicción moral de la persona que le impide cumplir con dicho deber o con una norma jurídica por motivos religiosos, morales, políticos, filosóficos o éticos.

Definición doctrinal de Joaquín Navarro Valls y Rafael Palomino:

toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas–, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético.

Peces Barbas (1989) define la objeción de conciencia como:

Una desobediencia regulada por el derecho, con lo cual deja de ser desobediencia para ser un derecho subjetivo o una inmunidad y supone una excepción a una obligación jurídica, que puede ser, incluso, fundamental. Frente a la obligación jurídica se excepciona por razones justificadas de carácter moral, de tal manera que se considera razonable que aquellos que se encuentran en una situación de conciencia, no exclusivamente subjetiva sino con posibilidades de convertirse en ley moral universal, donde el cumplir con la obligación citada sea de todo punto imposible, encuentren una regulación jurídica que apoye su pretensión.⁴⁶

⁴⁶ Desobediencia civil y objeción de conciencia Gregorio Peces-Barba Jfartínez

Dado algunas definiciones podemos concluir que este derecho de objeción de conciencia se contrapone a la nueva ley de aborto en sus 3 causales ya que eximiría al médico que alega esta objeción de conciencia de cumplir con lo que está establecido en la ley.

Este reconocimiento general de la objeción de conciencia traería muchos conflictos en contra del principio de seguridad jurídica ya que haría imposible prever la conducta de los sujetos en nuestra sociedad es por esto que para proteger este principio de seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico la objeción de conciencia solo es reconocida cuando existe una norma expresa que concede este derecho para un caso específico, es por esto que la objeción de conciencia se limita a aquellos casos en que existen fuertes convicciones morales que impiden cumplir con la norma, este reconocimiento de la objeción de conciencia es excepcional.

Existen ciertos elementos comunes para que estemos presentes ante una objeción de conciencia:

- a) Debe existir una norma jurídica que imponga un deber
- b) El deber contenido en la norma debe ser contrario a la conciencia del objetor
- c) El objetor decide actuar según su conciencia aun cuando opere contrario a lo que establece la norma jurídica
- d) Y el ordenamiento jurídico debe regular en forma expresa como opera la objeción de conciencia

En Chile en la práctica se desprende el derecho a la objeción de conciencia en distintas cuerpos normativos como legales:

En primer lugar se encuentra la ley 21.030 que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” en su modificación que hace al código sanitario en su artículo 119 ter: señala que el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las 3 casuales podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud y de este mismo beneficio gozará el resto

del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico y además de señalar que la objeción de conciencia es de carácter personal también señala que podrá ser invocada por una institución. Osea extiende este derecho no solo a los médicos o funcionarios sino que a toda una institución.⁴⁷

En segundo lugar en medicina el antecedente normativo de la objeción de conciencia lo podemos encontrar en el artículo 20 del código de ética del colegio médico de Chile lo que establece esta norma es el derecho que tienen los médicos a negarse a prestar tratamientos que van en contra a su conciencia, pero estableciendo la obligación de derivar a dicho paciente a otro profesional que otorgue la prestación objetada y la prohibición de objetar conciencia, en aquellos supuestos en que signifique un detrimento para la salud del paciente⁴⁸

Otro cuerpo normativo es el de las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad, en estas se refieren a la objeción de conciencia en relación a los métodos de anticoncepción y permiten que el personal de la salud amparado por su libertad de pensamiento, conciencia y de religión, pueden rechazar aplicar ciertos mecanismo de anticoncepción por no ser considerados aceptables y una

⁴⁷ "Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención."

⁴⁸ Artículo 20. el médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. en estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo.

vez que el personal sanitario ejerce este derecho debe cumplir con la obligación de derivar al paciente a otro profesional que no sea objetor de conciencia y que si este dispuesto a aplicar el procedimiento⁴⁹

Y por último ¿cómo se debe llevar en la práctica esta objeción de conciencia?

Se debe cumplir con el “protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para las institución en el marco dispuesto en el artículo 119 ter del código sanitario” el objeto de este protocolo es regular la ejecución de la objeción de conciencia para asegurar la atención medica de las pacientes que requiera la interrupción voluntaria del su embarazo en el marco de las causales que contempla el artículo 119 del código sanitario lo que contiene ese protocolo es cuales son las obligaciones generales del establecimiento de salud, del paciente, del objetor, del no objetor, también determina quienes pueden ser tatarles de objeción de conciencia, lo casos en que no procede y cuáles son los efectos de la objeción de conciencia.

⁴⁹ Es importante consignar que los DDHH consideran el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El ejercicio de este derecho, en el ámbito profesional, implica reconocer que las personas que requieren atención en regulación de la fertilidad son diversas en términos de pensamiento, valores y creencias religiosas, por lo que no se debe imponer determinado método anticonceptivo ni influir en la decisión de usar o no un método. Por otra parte, el personal de salud tiene también derecho a considerar que el mecanismo de acción de alguno de los métodos pudiera no ser aceptable para ellas/os. Esta objeción de conciencia no es absoluta y puede estar sujeta a las limitaciones que sean necesarias para proteger los derechos de los demás, según explicita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18. Lo anterior debe incluir el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva. Asimismo, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General N° 24 señala que:

“La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios”.

El no respeto por las decisiones de otras personas, o la no entrega de información oportuna y veraz y de los servicios necesarios constituye una violación de los derechos humanos de las usuarias comprometiendo la responsabilidad de los servicios y del Estado. Es la autoridad sanitaria quien debe regular la objeción de conciencia, de manera que se asegure el pleno respeto de los derechos de las usuarias, adoptando los resguardos para que no se constituya en una barrera al acceso a los servicios, como es la derivación de la persona a otro profesional que no tenga esta objeción, asegurándose que la persona sea atendida oportunamente y pueda ejercer sus derechos.

Entonces teniendo en cuenta lo que significa la objeción de conciencia tanto personal como colectiva estos se resume a que no se deben vulnerar los cuidados a terceros que posee la institución y personal médico y en que no se deben vulnerar los derechos de los pacientes por la acción de objetar conciencia de manera de conclusión tratamos de identificar cuáles son estos derechos que no se deben vulnerar ya que osino se estaría infringiendo la ley y los médicos y/o institución deberán responder por los daños que se se puedan producir estos derechos son:

Al decidir objetar la conciencia en un tratamiento abortivo no se debe poner en riesgo la vida del paciente

- a) Al decidir objetar la conciencia el médico debe comunicar esta decisión junto con la derivación del paciente a otro centro/facultativo que este habilitado para la práctica del aborto de esto se depende la obligación de informar y derivar
- b) No se debe vulnerar las obligaciones antes mencionadas de informar que se refiere a la obligación del objetor de conciencia de proporcionar al paciente toda la información relativa a su salud y diagnosticar aquellas patologías que habilitan a solicitar un aborto y no es posible que el objetor se niegue a proporcionar información relativa a la interrupción voluntaria el embarazo, ya que significaría vulnerar el derecho a la autonomía del os pacientes.
- c) No se debe vulnerar las obligaciones de derivar que se refiere a la obligación del objetor de derivar a al paciente a otro médico/institución para que reciba su tratamiento correspondiente sin poner en peligro la vida de este ya que una vez que el paciente solicita la interrupción del embarazo, el mido objetor deberá derivar al paciente a otro profesional previamente individualizado, con el objetivo de asegurar la continuidad del servicio, no es posible que los médicos objeten conciencia respecto del deber de remitir a la paciente argumentando que significa una complicidad moral con el aborto, esta positura es inadmisibile pues no garantizar la continuidad del servicio puede significar un daño en la salud física y psíquica de la paciente

esta obligación debe ser completada con la de las instituciones de contar con profesionales no objetores, para efectos de garantizar el acceso oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo

- d) La objeción de conciencia no es un derecho absoluto se debe reconocer como límites los derechos de los terceros, en materia del aborto se debe reconocer como límites los derechos a las mujeres y en cada una de sus causales

Conflicto en determinar la naturaleza jurídica del protocolo de objeción de conciencia:

Se produce un conflicto en la determinación de la naturaleza jurídica de este protocolo ya que no se ajustaría a la ley ni cumpliría con todos sus requisitos formales ya que se debe tener presente según lo dispuesto en el artículo 4°, N°14 del DFL N°1, de 2005, del ministerio de salud, se compete entre las funciones de esta secretaria de estado establecer mediante resolución, protocolos de atención en salud entendiéndose por tales “Establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud. Para estos efectos, se entiende por protocolos de atención en salud las instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud.”⁵⁰

En conformidad con la anterior hay que señalar que lo que ordeno el legislador en el artículo 119 ter fue establecer instrucciones operativas para hacer efectiva la objeción de conciencia pero además en este protocolo aprobado por la resolución exenta N° 432 de 2018⁵¹ este instrumento además de contemplar instrucciones para operativizar la objeción de conciencia regula ciertos aspectos que no son desarrollados por la ley ya que establecen normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y requisitos que se deben cumplir para adquirir la

⁵⁰ El artículo 4°, N° 14, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud,

⁵¹ APRUEBA "PROTOCOLO PARA LA MANIFESTACIÓN DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SEGÚN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119 TER DEL CÓDIGO SANITARIO" Y DEJA SIN EFECTO RESOLUCIÓN N° 61 EXENTA, DE 22 DE ENERO DE 2018.

calidad de objeto de conciencia y para efectuar la correspondiente manifestación tanto personal como institucional, además regulan sus efectos, su eventual revocación, los derechos de las pacientes y se establecen prohibiciones entre otros aspectos que exceden las instrucciones sobre manejo operativo al que se refiere el citado artículo 4º, N° 14

Entonces si señalamos lo que establece nuestra constitución política en su artículo 32, N° 6 dice que las normas de carácter general y abstracto que tienen por objeto complementar y desarrollar la regulación legal, han de ser dictadas por el presidente de la república, en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución entonces como concluye el dictamen de la Contraloría General de la República de 5 de mayo del 2018 esta resolución exenta N°432 de 2018 no se ajustaría a derecho ya que señala “resolución exenta N° 432, de 2018 -así como aconteció también con la citada resolución exenta N° 61, de ese año-, no se ajusta a derecho, pues además de aprobar meras instrucciones operativas, aprueba un instrumento que reviste las características propias de un reglamento, sin cumplir con las formalidades del artículo 35 de la Constitución Política y sin haber sido remitido a esta Contraloría General para su control preventivo de legalidad.”

Conflicto en la objeción de conciencia de las instituciones que cuenten con convenio celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N°36 de 1980, del ministerio de salud:

En relación a las instituciones que cuenten con convenios celebrados con el estado se produce un conflicto ya que estos nos podrían recurrir a la objeción de conciencia institucional esto se deriva partiendo por lo que lo que establece la constitución en su artículo 19, N°9⁵²

⁵² 9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

Este artículo señala que el estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y que es deber preferente del estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley” y el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N°1 de 2006 dispone que compete al ministerio de salud ejercer la función que corresponde al estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

Entonces en relación a los artículos señalados anteriormente los establecimientos públicos de salud no pueden invocar la objeción de conciencia, ya que se encuentran en el imperativo de cumplir la obligación del estado de otorgar las acciones de salud definidas por el legislador y solo las entidades privadas pueden invocar la objeción de conciencia institucional

Pero esto también se extendería a las instituciones privadas que han celebrado convenios con el estado ya que como se señala en el dictamen de la contraloría general de la republica N° 11.781, de 2018⁵³ “es necesario tener presente que el citado decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, según su artículo 1°, regula los convenios que celebren los Servicios de Salud creados por el capítulo II del decreto ley N° 2.763, con universidades, organismos, sindicatos, asociaciones patronales o de trabajadores y, en general, con toda clase de personas naturales o jurídicas, a fin de que éstas tomen a su cargo por cuenta de aquellos servicios, algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar. El artículo 2° de ese decreto con fuerza de ley dispone que “Los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste”.

⁵³ Dictamen contraloría general de la republica N° 11.781 Fecha: 09-V-2018

Reafirma lo expresado el artículo 13 del mismo texto legal, al señalar que los “organismos, entidades o personas que celebren los convenios regidos por las disposiciones del presente decreto, quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetarán en su cumplimiento a las normas, planes y programas que haya impartido o pueda aprobar en la materia el Ministerio de Salud, en uso de sus facultades legales”.

Entonces según la jurisprudencia administrativa de la contraloría general de la república a través del dictamen N° 44.822, de 2011 sostiene que las redes asistenciales están constituidas, entre otros, por aquellos establecimientos públicos o privados que celebren convenios con el servicio de salud respectivo, y que el decreto con fuerza de ley autoriza y regula precisamente el traspaso de funciones públicas propias de los servicios de salud a otras entidades públicas o privadas

Esto es lo que concluye la contraloría general de la república en su dictamen N° 11.781, de 2018⁵⁴ “De esta forma, al haber suscrito una institución privada un convenio regido por el citado decreto con fuerza de ley, para la ejecución de acciones de salud que eventualmente la sitúen en el deber de interrumpir un embarazo por alguna de las causales del artículo 119 del Código Sanitario, aquélla no puede acogerse a la objeción de conciencia institucional en tanto se encuentre vigente la respectiva convención, pues si bien se trata de una entidad de carácter privado, tiene el deber de dar cumplimiento a una función pública -a la que voluntariamente se ha comprometido y para cuyos efectos le han sido entregados recursos públicos.”

Como conclusión si una entidad privada está sujeta a un convenio a través del decreto con fuerza de ley antes mencionado no podría acogerse a la objeción de conciencia institucional.

⁵⁴ Dictamen contraloría general de la república N° 11.781 Fecha: 09-V-2018

DERECHO COMPARADO

En este capítulo abordaremos distintos tratados internacionales y convenciones que se refieren a la salud de la mujer y del aborto en específico y analizaremos los distintos ordenamientos jurídicos de países que han sobresalido en la regulación del aborto, principalmente de América latina y Estados Unidos, con el fin de ver la realidad jurídica de otros países con respecto al aborto y comparar con la realidad jurídica Chilena.

Acuerdos y convenciones internacionales suscritos por Chile:

Según estos acuerdos y convención suscritos es el estado quien debe garantizar la provisión de servicios en salud, educación y justicia para que a todas las personas se les garantice la adecuada protección de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos y es el estado también que debe preocuparse por el cumplimiento y responder en caso de su inobservancia ante la comunidad internacional a continuación señalaremos algunos de los más importantes tratados y convenciones suscritos por Chile:

- Declaración universal de derechos humanos (1948)
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 y promulgado en Chile en 1989
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) DE 1966 promulgado en 1976
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979 promulgada en 1989
- Convención de los derechos del niño de 1989 promulgada en 1990
- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999 promulgada en 2002
- Convenio 169 de la organización internacional del trabajo
- Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo realizada en 1994 en el Cairo (CIPD)

- Comisión interamericana de derechos humanos (CIDH)
- El consenso de Montevideo sobre población y desarrollo en el año 2013
- Estrategia mundial de la salud de la mujer, del niño y del adolescente (2016-2030)

1. AMÉRICA LATINA:

Marco jurídico relativo al aborto en Latinoamérica

Pese a ser un problema de salud pública, contemplado como tal en la Estrategia de Montevideo para la Implementación de la Agenda Regional de Género en el marco de la Agenda 2030 (CEPAL, 2017), aún se estima que más del 97% de las mujeres en edad reproductiva viven en países que tienen altas restricciones legales para realizarse abortos (Guttmacher Institute, 2017). De los seis países en el mundo en que el aborto está penalizado bajo cualquier circunstancia, cuatro están en la región: El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana -los otros dos son Ciudad del Vaticano y Malta- (BBC, 2017). A su vez, como se muestra en la Tabla 2, la mayoría de países aún penalizan el aborto en casos de factores socioeconómicos, malformación fetal y violación, mientras los casos en que más comúnmente está permitido son los de riesgo de salud y vida de la madre.

Tabla 2. Causas de aborto permitido en Latinoamérica

Pais	Salvar la vida de la mujer	Salud física	Salud mental	Violación	Malformación fetal	Factores socio económicos
Argentina	SI	SI	SI	SI	NO	NO
Bolivia	SI	NO	?	SI	NO	NO
Brasil	SI	NO	NO	SI	SI	NO
Chile	SI	?	?	SI	SI	NO
Colombia	SI	SI	SI	SI	SI	NO
Costa Rica	SI	SI	?	NO	NO	NO
Cuba	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Ecuador	SI	SI	SI	Restr	NO	NO
El Salvador	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Guatemala	SI	NO	NO	NO	NO	NO
Honduras	NO	NO	NO	NO	NO	NO
México**	Restr	Restr	Restr	Restr	NO	NO
Ciudad de México	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Nicaragua	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Panamá	SI	SI	NO	SI	SI	NO
Paraguay	SI	NO	NO	NO	NO	NO
Perú	SI	SI	SI	NO	NO	NO
República Dominicana	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Uruguay	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Venezuela	SI	NO	NO	NO	NO	NO

? = ambigüedad. Restr = con restricción. Elaboración propia. **México varía de Estado a Estado. Elaboración propia. Fuente: Guttmacher Institute, 2017; Notimérica, 2017.

Es importante considerar que la apertura del derecho a realizarse abortos ha conllevado diferentes procesos sociales y políticos en cada país. La Tabla 4 muestra los períodos de tiempo o años en que cada uno de ellos avanzó o retrocedió en la ampliación de causas de despenalización, por lo general a través de reformas en sus códigos penales. Los primeros países en considerar como causas no punibles el riesgo de muerte y la salud física y mental de las mujeres, fueron Argentina, Brasil, Chile y Perú, en los periodos anteriores al quiebre de las democracias. Luego, en 1965, Cuba fue el primer país en despenalizar el aborto bajo cualquier circunstancia, mientras Costa Rica consideraba como no punibles los abortos terapéuticos (por motivos de salud), y Ecuador, Bolivia y El Salvador, además, los que eran a causa de violación -en Ecuador, solo si la violación era a mujeres “idiotas o dementes”.

En el retorno a la democracia, Panamá aprobó la realización de abortos salvo en los casos socioeconómicos y de salud mental, Guatemala únicamente en los de riesgo de muerte de la madre, mientras que Chile retrocedió, penalizando todos los casos, en el gobierno de la Concertación de Fuerzas Populares. Recién en el nuevo siglo otros países despenalizaron el aborto en ciertas circunstancias. Colombia en todas, salvo las de carácter socioeconómico, y la Ciudad de México en todas. Durante este periodo, entre 2000 y 2010, los países en que los gobiernos se definieron como “socialistas del siglo XXI”, a saber, Venezuela, Ecuador, Nicaragua y Bolivia, las leyes se mantuvieron o retrocedieron. En los dos primeros se ratificaron las causales de penalización, en 2005 y 2007, respectivamente, en Nicaragua se penalizaron todos los casos (2007), y en Bolivia no hubo ratificación expresa, pero se mantuvieron. Finalmente, recién en la última década se ha visto cierto avance: en Uruguay se despenalizó el aborto en cualquier circunstancia en 2012, luego de que en 2008 el presidente Tabaré Vázquez vetara una ley del parlamento, en 2012 Argentina consideró como no punible la violación, en 2016 Brasil también amplió las causas, y en 2017 Chile despenalizó el aborto por motivo de riesgo, malformación y violación. En el caso de los otros países, Honduras nunca llegó a despenalizarlo y Paraguay ha mantenido como única causa no punible el riesgo de muerte.

La reducción de la mortalidad materna es uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible planteados hasta el 2030. Es una meta que todos los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, incluyendo Ecuador, deben implementar.

Según el último dato de la Organización Mundial de la Salud (2017), aproximadamente 830 mujeres mueren cada día por causas prevenibles que tienen relación con el embarazo y el parto; el 99% de estas muertes se dan en países pobres. A su vez, de estas muertes, el 13% se deben a abortos realizados en condiciones peligrosas (OMS, 2017). En este sentido, las metas planteadas en la Agenda 2030 son: “para 2030, reducir la tasa mundial de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100,000 nacidas/os vivos” y “garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva”.

En América Latina, la tasa es de 77 muertes maternas por cada 100,000 nacimientos, y de 190 en el Caribe (OPS, 2016). El 10% de estas muertes se debe a abortos peligrosos, lo que equivale a 9,000 muertes al año, de un total de 760,000 mujeres que sufren complicaciones de esta índole (Gutmacher Institute, 2017), sin contar la tasa de morbilidad.

Tabla 1. Indicadores relativos al aborto, Latinoamérica, 2017

País	TTM (c/100,000 nacimientos)	Abortos (total anual)	Tasa c/1000 mujeres	Embarazo adolescente (15-19 años, %)	Deficiente planificación familiar (%)	Tasa de fecundidad (hijas/os / mujer)
Argentina	52	460,000	21.90	13.00		2.23
Bolivia	206	80,000	14.81	13.30	20.1	2.76
Brasil	44	1,000,000	9.88	11.80	6	1.75
Chile	22	18,000	1.98	12.30	8	1.72
Colombia	64	300,000	12.17	14.40	7.6	1.82
Costa Rica	25	27,000	11.25	11.10	8	1.73
Cuba	39	85,000	15.32	SD	SD	1.62
Ecuador	64	95,000	11.73	17.00	18.4	2.45
El Salvador	54	50,000	16.13	15.40	20.8	1.81
Guatemala	88	65,000	8.84	15.40	35.3	2.65
Honduras	359	9,000	2.08	18.30	10.7	2.09
México	129	1,000,000	15.89	12.40	9.8	2.22
Nicaragua	38	SD	SD	19.90	10.7	2.12
Panamá	150	12,000	6.58	15.40	16.4	2.42
Paraguay	94	8,000	2.32	12.10	4.7	2.36
Perú	132	370,000	23.27	11.50	9	2.36
República Dominicana	68	90,000	17.31	19.70	10.8	2.40
Uruguay	92	9,300	5.52	9.50		1.98
Venezuela	SD	SD	SD	14.60	SD	2.21

Elaboración propia. Fuente: CEPALSTAT, CEPAL, 2016.

Informe de naciones unidas CEPAL: “Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe”

Chile promulgo recientemente la ley de despenalización del aborto en tres causales, que sacó al país del grupo de que todavía penalizan el aborto en todas sus formas. Los cinco estados que todavía conforman este grupo son El Salvador, República Dominicana, Nicaragua, Honduras, Malta y El Vaticano.

El 89% (32) de los Estados este estudio tienen disposiciones sobre aborto en el código penal: Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y Las Granadinas, Santa Lucia , Suriname, Trinidad y Tabago, Uruguay, y Venezuela.

En los códigos penales de los países analizados existe pena de privación de la libertad para la mujer que consienta el aborto y para el personal de salud o las personas que la ayuden. Estas penas van de 1 a 10 años de cárcel, o incluso como es el caso de Belice, hay cadena perpetua (Belice, Criminal Code, 1980).

La pena mayor a 7 años está establecida en Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, El Salvador, Granada, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y Las Granadinas y Santa Lucia. El tiempo de la pena parece guardar relación con los contextos siendo más alta donde hay más restricciones o donde hay menos causales eximentes.

los Estados analizados en este que tienen el aborto penalizado en todas las circunstancias (Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana) siendo notorio que algunos de éstos han tomado medidas regresivas en los últimos años, contrariando los derechos humanos de las mujeres y poniendo en riesgo

especialmente a aquellos grupos de mujeres que son más vulnerables, como las de escasos recursos económicos que no pueden proveerse seguro en forma clandestina.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o CEDAW

Este es un importante tratado internacional de las naciones unidas el cual fue firmado en el año 1979, los encargados de realizarlo fue la comisión de la condición jurídica y social de la mujer que fue creada en el año 1946 por el consejo económico y social de las naciones unidas y fue realizado tras varios años de arduo trabajo.

Es común que se confunda la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que fue firmada en el año 1979 con su protocolo facultativo que fue firmado en el año 1999 el protocolo es un instrumento complementario de la convención y tiene por finalidad permitir a las partes a reconocer la competencia del comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y así poder examinar las denunciar en particular, este protocolo facultativo fue aprobado por la asamblea general de las naciones unidas el 10 de diciembre del año 1999 y entro en vigencia el 22 de diciembre del año 2000.

En febrero del 2018 se realizó un informe alternativo para el examen del estado de chile ante el comité CEDAW en su sesión número 69 y en sus recomendaciones generales se le pide entre otras cosas que chile ratifique el protocolo facultativo de la CEDAW y con respecto al aborto reconoce que el 14 de septiembre del año 2017 se promulga la ley número 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres casuales y que esta ley tiene por objeto en parte quitar la criminalización total del aborto como establecía la ley anterior pero plantea que aun así no da cuenta de la legitima decisión que por distintas razones las mujeres deben tener para para decidir interrumpir sus embarazos y que esa decisión no correspondería al estado ponderar ya que esa decisión de interrumpir su embarazo o de decidir el número y espaciamiento de hijos le correspondería solo a la mujer.

También hace una crítica los acotados limites temporales para la causal de violación señalando que estos no resultan suficientes, en el caso de las niñas

mayores de 14 años se encuentran sometidas al mismo plazo de 12 semanas que tienen las mujeres adultas y en el caso de las mujeres menos de 14 años, cuentan con un plazo de 14 semanas

También critica la amplia objeción de conciencia que no solo puede ser titular el médico objetor sino que se extiende a todo el personal que desarrolla sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención y señalando que de manera inédita se considera la legitimidad de que las instituciones y personas jurídicas se puedan declarar objetoras de conciencia, decisión que aprobada por el tribunal constitucional⁵⁵

Esos son algunos de los temas más relevantes que plantea sobre el aborto y como sus recomendaciones concretas son:

1-Reconocer y garantizar en la legislación los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

2-Avanzar en la legalización de la interrupción del embarazo de acuerdo a un sistema de plazos y no solo de causales, reconociendo la autonomía de las mujeres y su derecho a decidir.

3-Promulgar el reglamento que regula el acompañamiento de la interrupción del embarazo en tres causales, asegurando que éste se realice con enfoque de derechos y garantizando el acceso no disuasivo a la prestación médica que regula la ley que legaliza el aborto en tres causales.

4-Garantizar el acceso a la salud de las mujeres privadas de libertad y la entrega gratuita de insumos durante su ciclo menstrual.

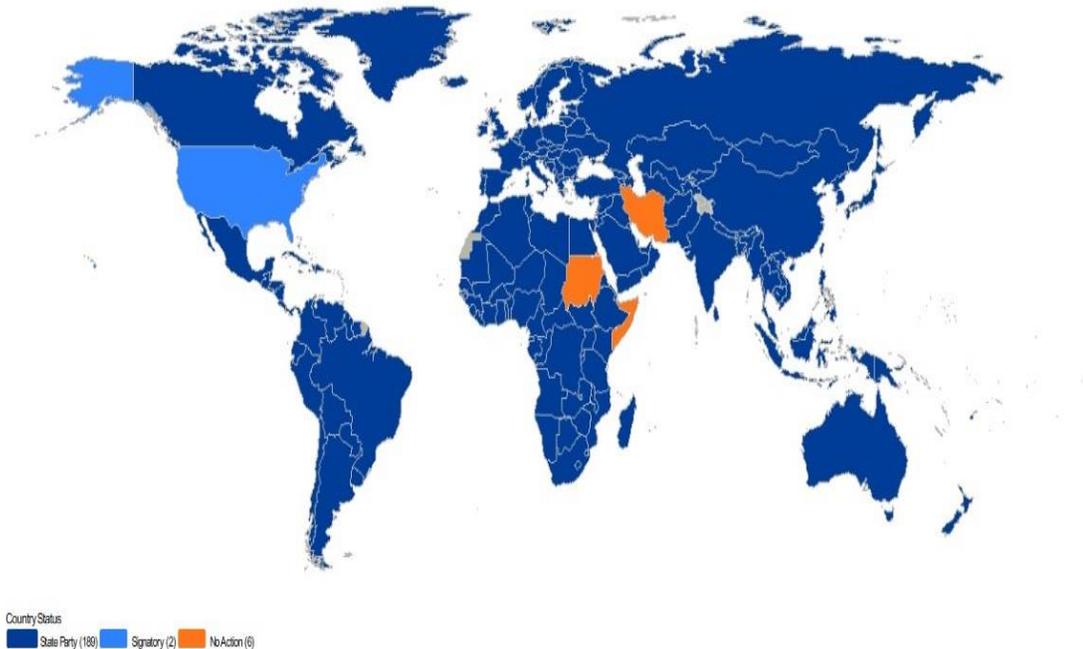
⁵⁵ Tribunal Constitucional (2017), sentencia de veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, Rol N° 3.729(3.751)-17-CPT

Aquí dejamos un gráfico con la situación del mundo en relación a este tratado:



Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

Last Updated: 20 Jun 2016



Definition and meta-data: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRI/Indicators/MetadataRatificationStatus.pdf>
Source: Database of the United Nations Office of Legal Affairs (OLA) <https://treaties.un.org>
For application of treaties to overseas, non-self-governing and other territories, shown here in grey, see <https://treaties.un.org>

En el gráfico anterior podemos ver 3 clases en la que se encuentran los países respecto a este tratado, de color azul oscuro es un estado “parte del tratado” es un Estado que ha expresado su consentimiento, mediante un acto de ratificación, adhesión o sucesión, y donde el tratado ha entrado en vigor (o un Estado a punto de convertirse en parte después de la recepción formal por la Secretaría de las Naciones Unidas de la decisión del Estado de ser parte). De color celeste es un estado "Firmante" del tratado, es un Estado que proporcionó un endoso del instrumento y su intención de examinar el tratado a nivel nacional y considere ratificarlo. Y por último de color naranja es un estado que "No ha tomado medidas", significa que un Estado no expresó su consentimiento.

CASOS EMBLEMATICOS AMERICA LATINA RELACIONADOS CON LA MUJER Y EL ABORTO

Caso emblemático en El Salvador:

Teodora Vásquez estaba embarazada de nueve meses cuando comenzó a sufrir un dolor muy intenso. Llamó a emergencias, pero se desmayó. Cuando se despertó, su bebé había nacido muerto. Esta tragedia le costó a Teodora, de El Salvador, una condena de 30 años de cárcel en 2008.

Un tribunal de apelaciones mantuvo la condena a Teodora por homicidio agravado, un cargo que se usa para penalizar a las mujeres sospechosas de haber interrumpido su embarazo.

El Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU, Zeid Ra'ad Al Hussein, se reunió con Teodora y otras mujeres que han pasado por situaciones similares en el centro de rehabilitación de Ilopango en su visita reciente a El Salvador.

«El Alto Comisionado quedó muy afectado y por eso ha hablado mucho del caso de Teodora, como un ejemplo de una mujer que fue acusada porque es mujer y porque es pobre», explica la portavoz de la oficina del Alto Comisionado en Ginebra, Liz Throssell en una entrevista con Noticias ONU.

Para el responsable de Derechos Humanos de la ONU, «El Salvador tiene una de las leyes sobre abortos más draconianas del mundo», ya que prohíbe totalmente a las mujeres acceder a un aborto independientemente de las circunstancias, incluso si está en riesgo su vida o ha sufrido una violación.

El Artículo 133 del Código Penal del país estipula penas de prisión de entre dos y ocho años para aquellas mujeres que decidan abortar o para quien practique el aborto. Al menos 41 mujeres más han sido condenadas bajo el código penal de 1988 por intento de homicidio u homicidio agravado después de sufrir abortos espontáneos u otras complicaciones.

«Es importante resaltar que el Código Penal de El Salvador afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres, como Teodora. No hemos visto que

mujeres de orígenes más pudientes sean encarceladas en circunstancias similares en El Salvador», añadió Throsell.

Zeid ha pedido que se ponga una moratoria a la aplicación de ese artículo y que se revisen todos los casos de mujeres que han sido detenidas por abortar. «Si se descubre que esos casos no siguieron los estándares internacionales, las mujeres deberían ser liberadas inmediatamente», dijo la portavoz.

La ONU también ha pedido a El Salvador que cumpla con sus obligaciones internacionales en cuanto a derechos humanos y termine con la prohibición absoluta de abortar.

Caso emblemático México

SOLUCIÓN AMISTOSA PAULINA DEL CARMEN RAMÍREZ JACINTO-México

Paulina del Carmen Ramírez fue víctima de una violación a la edad de catorce años el 31 de julio de 1999, producto de la cual quedó embarazada.

Paulina acudió al ministerio público denunciando inmediatamente el hecho y sin obtener información alguna sobre métodos de anticoncepción oral de emergencia otorgada por el Estado Mexicano.

Posteriormente Paulina estando embarazada decide con su madre que la mejor opción era el aborto, por lo cual acuden al ministerio público para obtener la autorización de la manera que ordenaba la ley mexicana en aquel tiempo, la cual fue denegada por esta entidad en primera instancia, debiendo ir a un ginecólogo particular por orden del ministerio público, el cual dió finalmente la autorización el 3 de septiembre de 1999.

El 8 de septiembre de 1999 solicitaron hora para ser atendidas y realizar el aborto en un hospital público, el cual fue agendado para el 1 de octubre de aquel año, sin que se llevara a cabo. En este periodo Paulina y su madre fueron sometidas a diferentes presiones y persuasiones para que ella no realizara el aborto.

El 15 de octubre de 1999, después de presionar arduamente la madre y su hija logran que se lleve a cabo el aborto, pero justo antes de la operación, el director del hospital habla con la mamá de Paulina diciéndole todos los riesgos que acarrea un aborto, incluyendo la muerte y dejando en claro que la culpa sería única y exclusivamente de la madre, de esta manera logrando infringir miedo en la madre y logrado que esta cancelara el procedimiento.

Este hecho fue objeto de reclamo ante la comisión interamericana de derechos humanos, reclamo que tuvo como objeto después de varios años una solución amistosa entre el Estado Mexicano y Paulina del Carmen Ramírez el 20 de octubre de 2006.

Caso Emblemático de Argentina:

En el año 2014, una joven argentina de 27 años acudió a urgencias en un hospital público de la provincia de Tucumán por una grave hemorragia vaginal. El médico de guardia le diagnosticó un aborto espontáneo, pero la joven, conocida como Belén, fue acusada de haberse deshecho del feto en uno de los baños del hospital. La Policía la detuvo y la justicia local la condenó a ocho años de cárcel por "homicidio agravado por el vínculo" en un proceso plagado de irregularidades. Belén pasó más de dos años presa hasta que el pasado agosto, en medio de una gran movilización social, la Corte Suprema provincial ordenó que quedase en libertad a la espera de una sentencia firme. Siete meses después, ese mismo tribunal acaba de absolverla.

El máximo tribunal tucumano dejó sin fundamento la sentencia condenatoria de la Sala III de la Cámara Penal tucumana. Además, hizo hincapié en la importancia del secreto profesional, del respeto a los derechos de las mujeres que sufren un aborto, a la confidencialidad y al derecho a recibir un trato digno y libre de violencia.

El caso de Belén conmocionó a la sociedad argentina y llegó a la arena internacional. Naciones Unidas y Amnistía Internacional se sumaron a los pedidos de organizaciones locales para exigir su inmediata puesta en libertad. Además, la sentencia volvió a poner sobre la mesa el debate sobre el aborto, que solo está despenalizado en los casos de violación y peligro grave para la salud de la madre. Pese a la prohibición en todos los demás supuestos, cerca de medio millón de mujeres abortan cada año de forma clandestina en Argentina y las complicaciones derivadas de la interrupción del embarazo son la primera causa de mortalidad materna en el país.

ANALISIS DE ORDEMIENTOS JURIDICOS DE OTROS PAISES

Ley Argentina:

La situación del aborto en Argentina:

Aborto en Argentina: marco legal Desde 1921, el artículo 86 del Código Penal de la Nación establece excepciones a la punibilidad del aborto: a) en caso de peligro para la vida de la mujer; b) en caso de peligro para la salud de la mujer; c) en caso de violación; d) en caso de atentado al pudor de mujer “idiota o demente”. El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) dictó una sentencia histórica para la vida y la salud de las mujeres en el marco del caso “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”

Con el fin de terminar con la práctica de judicializar, entorpecer y/o demorar el derecho al acceso al aborto no punible, el Tribunal estableció el alcance de los permisos y reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley, cuando su vida o su salud están en peligro o cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psico-social de la mujer. La Corte convocó a los poderes judiciales de todas las jurisdicciones a que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos legales. Y finalmente, exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para remover todas las barreras que limitan el acceso a los servicios médicos y estableció diversas pautas que los protocolos deben contemplar

En el mes de junio de 2015, el Ministerio de Salud de Nación publicó en su página web un nuevo “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo” Este protocolo revisa y actualiza la información médica, bioética y legal contenida en la Guía Técnica del 2010

Si bien el nuevo Protocolo establece que “es de aplicación obligatoria en todo el territorio argentino y debe ser puesto en práctica por todas las instituciones

sanitarias, tanto públicas como privadas”, lo cierto es que el documento carece de estatus de resolución ministerial, al igual que las versiones de 2007 y 2010, y no ha sido acompañada por una estrategia firme que promueva su amplia difusión y aplicación por parte de las autoridades federales. De hecho, durante el mes de septiembre no estuvo disponible en el sitio web del Ministerio, y solo se repuso frente a una fuerte movilización de los grupos de mujeres. Asimismo, a casi cuatro años de la exhortación efectuada por la CSJN, sólo nueve de las 24 jurisdicciones poseen protocolos de atención de los abortos no punibles que se corresponden, en buena medida, con los lineamientos fijados por el tribunal

Otras ocho dictaron protocolos que incluyen requisitos que dificultan, en vez de facilitar, el acceso de mujeres a servicios de aborto seguro y a los cuales tiene derecho acceder y por último, nueve jurisdicciones no han dictado protocolo alguno. Es decir, más de la mitad de las jurisdicciones del país aún no cuenta con una normativa que asegure, de modo efectivo, el ejercicio de un derecho que las mujeres tienen desde 1921.

Estatus legal de la ley Argentina

El aborto inducido está tipificado como delito en los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal argentino, los cuales establecen distintas penas a quienes participen de una práctica abortiva, voluntaria o no. De todos modos se exceptúa de la consideración delictiva a los abortos que se realizaran como último recurso a fin de preservar la salud de la mujer o bien el embarazo se produjo como resultado de una violación, o abuso contra una mujer "idiotas o demente". El texto, que diferencia entre la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada, indica:

ARTICULO 85.-El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

ARTICULO 87. -Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

ARTICULO 88. - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

2. ESTADOS UNIDOS:

Partiremos por ver el tratamiento que le da su ordenamiento jurídico al aborto, y la influencia que han ejercido en el derecho constitucional las decisiones de la Corte Suprema al respecto y, como estas decisiones han influido tan profundamente en la no prohibición del aborto.

- ROE VS. WADE

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

▪ DESARROLLO DEL CASO⁵⁶.

En Septiembre de 1969, Norma Leah McCorvey, de 22 años, descubrió que estaba embarazada de su tercer hijo. A los 16 se había casado con Woody McCorvey, a quien abandonó –presuntamente por malos tratos- mientras esperaba a su primera hija. A los 19 había tenido un bebé con otro hombre y lo había dado en adopción. Esta vez decidió abortar. Por entonces el estado de Texas sólo permitía el aborto en casos de violación e incesto, así que Norma dijo que había sido violada; más tarde, durante una entrevista realizada en 1987, admitiría que mintió. Se le denegó el aborto porque no existía ninguna denuncia policial de la supuesta violación. Recurrió a una clínica clandestina, pero las autoridades habían cerrado el lugar.

Ante tal evento, Norma entró en contacto con las abogadas Linda Coffe y Sarah Weddington, quienes en 1970 iniciaron el caso que a la larga llevaría a la aprobación del aborto libre en estados Unidos. Representando a su cliente, bajo el pseudónimo Jane Roe, Coffe y Weddington presentaron una demanda en un Tribunal de Distrito de Texas. Representaba al estado el fiscal del distrito del

⁵⁶ SUMARIO ROE VS WADE. [En Línea] Disponible en web: <http://blogs.hazteoir.org/prolifeusa/2010/04/15/un-poco-de-historia-roe-vs-wade-y-la-legalizacion-del-aborto-%E2%80%9Con-demand%E2%80%9D-en-estados-unidos/>

condado de Dallas, Henry Wade. El Tribunal del distrito falló a favor de Jane Roe, pero rehusó establecer cualquier restricción en contra de las leyes sobre el aborto.

El veredicto fue apelado varias veces, hasta que finalmente el caso llegó a la Corte Suprema. Entre tanto, y sin que se hubiera producido aún decisión judicial alguna, Norma McCorvey tuvo a su tercera hija, a la que dio en adopción.

Después de una primera ronda de argumentos en la Corte Suprema, el Juez Harry Blackmun redactó una opinión preliminar que enfatizaba la vaguedad de las leyes de Texas en cuanto al aborto. Blackmun afirmaba además que las leyes antiabortistas violaban el derecho a la privacidad recogido en la Décimo Cuarta Enmienda a la Constitución, que había sido introducida tras la Guerra Civil, en 1868, con el fin, entre otros, de garantizar los derechos de los antiguos esclavos. Una de las cláusulas de esta enmienda –conocida como “*Due Process Clause*”- establece el concepto de libertad personal y restringe la acción del estado sobre el individuo.

El informe de Blackmun dividía además el embarazo en tres períodos, o trimestres. Según la visión del juez, durante el primer trimestre la mujer debería tener total libertad para abortar, de acuerdo con su médico y sin consultar con nadie más. Durante el segundo trimestre, cuando el aborto podía suponer un mayor riesgo para la salud de la mujer, los estados tendrían potestad para regularlo con el fin protegerla. Sólo en el tercer trimestre el derecho del estado a proteger la vida del feto sería lo suficientemente grande como para imponer restricciones severas al aborto, e incluso entonces este estaría permitido cuando fuera necesario para salvar la vida de la madre. Durante sus alegaciones, Blackmun señaló que debido a la incertidumbre sobre el estatus moral y médico del feto, los estados no pueden adoptar ninguna teoría respecto a cuándo empieza la vida, y por tanto respecto a si los fetos tienen o no los mismos derechos que los recién nacidos.

La propuesta de Blackmun fue aprobada por siete votos a dos. Los jueces que votaron en contra, Byron R. White y William H. Rehnquist, manifestaron enfáticamente su disidencia. White redactó: “*No encuentro nada en la historia de*

*la Constitución que soporte la decisión de la Corte. La Corte simplemente inventa y anuncia un nuevo derecho constitucional para las madres embarazadas y, con escasamente alguna razón o autoridad para su acción, le da la suficiente sustancia a ese derecho como para invalidar la mayoría de los estatutos que existen sobre el aborto. El resultado es que el pueblo y los gobiernos de los 50 estados han perdido constitucionalmente su derecho a medir la importancia de la existencia continua y del desarrollo del feto, por una parte, frente a un espectro de posibles impactos en la madre, por otra. Como ejercicio descarnado de poder judicial, puede que la Corte tenga la autoridad de hacer lo que está haciendo hoy; pero, en mi opinión, su juicio es un ejercicio impróvido y extravagante del poder judicial que la Constitución extiende a esta Corte*⁵⁷. Además criticó al tribunal por crear “una barrera constitucional a los esfuerzos del estado para proteger la vida humana, y por investir a madres y doctores con un derecho a exterminarla protegido constitucionalmente”.

Rehnquist, por su parte, señaló que el análisis que la Corte había hecho de la Décimo Cuarta Enmienda era inválido desde un punto de vista histórico: “*Para llegar a este resultado, la Corte ha tenido necesariamente que encontrar en el espectro de la Décimo Cuarta Enmienda un derecho que aparentemente era completamente desconocido para quienes la redactaron. Ya en 1821, la primera ley estatal sobre el aborto fue puesta en vigor en Connecticut. Cuando se adoptó la Décimo Cuarta Enmienda en 1868 ya había al menos 36 leyes promulgadas por estados o gobiernos territoriales limitando el aborto*”.

Tanto White como Rehnquist criticaron a la Corte Suprema por la división del embarazo en trimestres, que para ellos era arbitraria. Si el Estado tenía interés en proteger la vida potencial del feto, entonces ese interés debería existir, y ser igual de fuerte, durante todo el embarazo.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Roe vs. Wade*, (1973). [En Línea] Traducción disponible en web: [http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20\(1973\)beltran.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20(1973)beltran.pdf)

Finalmente, el 22 de enero de 1973 la Corte Suprema decidió que el feto no gozaba de protección bajo la Constitución, y por lo tanto no podía impedirse su remoción del vientre materno. Esta decisión de la Corte fue interpretada como la legalización del aborto y se hizo válida y vigente para los 50 estados de la Unión.

▪ **FUNDAMENTO JURÍDICO DE ROE VS WADE**

Las litigantes argumentan que el concepto “persona”, utilizado constitucionalmente, no es aplicable ante situaciones prenatales, por lo que no se puede reclamar una protección del debido proceso para la vida del *nasciturus*. El Estado tiene un interés en proteger la vida del que está por nacer, pero también tiene interés en proteger la intimidad de la mujer, por lo que se debe ponderar cual interés es superior o cual debe sobreponerse al otro.

Sin embargo, la Corte no centró la discusión en resolver el debate que afecta al momento el cual se debe entender que comienza la vida:

“Texas alega que, al margen de la 14ª enmienda, la vida comienza en el momento de la concepción y permanece durante todo el embarazo. Por ello el Estado tiene un interés prevalente en proteger la vida desde la concepción. Pero no es necesario que nosotros resolvamos ahora el arduo problema de cuando comienza la vida. Si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta. Es suficiente con poner de manifiesto la total divergencia de pareceres que se proyecta sobre esta compleja cuestión [...]”⁵⁸

La Corte dirige su argumentación al derecho a la intimidad, extendiendo un argumento utilizado previamente en *Griswold vs. Connecticut* sobre la privacidad y libertad reproductiva, respecto al derecho de la mujer a decidir en cuanto a la continuación de un embarazo.

Este derecho a la privacidad emanaría de la 14º enmienda – cláusula del debido proceso – la cual exige a los Estados actuar racionalmente cuando se

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 6.

intenta restringir la libertad de los ciudadanos. En opinión de la Corte, este derecho tiene el carácter de fundamental y sería “[...] *lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo [...]*”⁵⁹. Aun así, el derecho a la intimidad no tiene el carácter de absoluto, reconociendo el mismo fallo ciertas limitaciones y potestades del Estado para regularlo.

De este modo, la sentencia ha reconocido el derecho a la privacidad de la mujer y a la libre decisión, pero también reconoce el interés del Estado en proteger la salud y vida en potencia del *nasciturus*, intentando balancear ambos intereses mediante el establecimiento de puntos indicadores dentro del tiempo total del embarazo. Es decir, la sentencia establece un sistema de plazos trimestral, según el cual, se prohíbe a los Estados penalizar de cualquier forma el aborto dentro del primer trimestre; a partir del segundo trimestre, la sentencia permite a los Estados regular el procedimiento de aborto, siempre y cuando dicha regulación tenga por objeto preservar y proteger la salud materna; y desde el tercer trimestre de embarazo, una vez que el feto es viable, se permite a los Estados regular e incluso proscribir el aborto, salvo cuando su práctica sea necesaria para preservar la vida o salud de la madre.

A juicio de la Corte Suprema la integridad física de la mujer tiene gran importancia, razón por la cual encontramos acertada la sentencia alcanzada, por cuanto las decisiones relativas al aborto se encuentran dentro de un régimen tanto o más privadas que las que conciernen a los métodos anticonceptivos, debido a que la prohibición del aborto envuelve en él un control a la mujer no solo en sus relaciones sexuales sino que de los cambios físicos que sufrirá su cuerpo.

A pesar de que *Roe vs. Wade*, representa un hito histórico en la regulación del aborto en Estados Unidos, existen autores que si bien defienden el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo, consideran que la solución judicial con la que el país ha concluido la discusión, resulta ambigua y en definitiva perjudicial para este derecho. El profesor Robin West opina que lo que la Corte Suprema no creó un derecho legal al aborto, sino que un derecho negativo en contra de la

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 5

penalización del aborto en determinadas circunstancias, y que para contribuir en forma significativa a la equidad de género y la libertad de la mujer. Para el profesor West, el derecho al aborto debe significar mucho más que un derecho a no estar sometido a una legislación de carácter moral que interfiera con el derecho contractual a obtenerlo. El Estado debe garantizar su acceso y para ello, es preferible y más conveniente seguir la senda de la persuasión política a través de la legislación estatal por sobre la interpretación judicial.⁶⁰

⁶⁰ WEST, Robin. "From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights". [En línea] Disponible en web: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/23>

BIBLIOGRAFÍA

- 1) BAÑADOS, Florencio. “Código Penal de la República de Chile Concordado y Comentado”. Santiago, Chile. L.A. Lagunas M., 1920. p. 259.
- 2) BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. Revista de Derecho y Humanidades, N° 10, 2004. p. 149
- 3) BASCUÑÁN, *op. cit.*, p. 154.
- 4) BESIO, Mauricio. “Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico” Boletín Escuela de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.
- 5) Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Código Penal. Mayo 2018. Disponible en: <<http://bcn.cl/1m07c>>
- 6) Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Código Civil. Mayo 2018. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>
- 7) Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. CPR. Mayo 2018. Disponible en: <<http://bcn.cl/1lzdy>>
- 8) Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley 21.030. Mayo 2018. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>>
- 9) Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley N° 18.826. Mayo 2018. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30202>>
- 10) Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley Número 21.030. Mayo 2018. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>>
- 11) CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal (Buenos Aires, 1945, pág. 322).
- 12) CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER “et al”. Informe Alternativo sobre el Cumplimiento de la CEDAW en Chile. Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Chile, 2003. Santiago de Chile. La Morada, 2003. p. 12.
- 13) Código Penal de España, Edición Oficial Reformada. Madrid, España. Imprenta Nacional 1850. p. 86.
- 14) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Roe vs. Wade*, p.5-6 (1973). [En Línea] Traducción disponible en web:

- <[http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20\(1973\)beltran.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/roe%20v%20wade%20(1973)beltran.pdf)>
- 15) DEL RÍO, Raimundo. “Explicación de derecho penal, t. III”. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1945, pág. 281.
 - 16) Dictamen contraloría general de la republica N° 11.781 Fecha: 09-V-2018
 - 17) ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. III. P. 88.
 - 18) GUAJARDO, Alejandro; y JARA, Myriam. “El Aborto en Chile. Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas” Santiago, Chile. 2010, p. 29, 30.
 - 19) Historia de la Ley N° 18.826. p. 4-8
 - 20) Historia de la Ley, *op. cit.*, .p 187.
 - 21) Informe Comisión Conjunta. *Ibíd.*, p. 117-119
 - 22) LABATUT GLENA, Gustavo: II Derecho Penal parte especial (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996, séptima edición), p. 126.
 - 23) La República. Sesión 160, de 25 de junio de 1873 “Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno” Santiago, Chile. 1873. p. 289.
 - 24) Ley II, Título I, Libro II. “Recopilación de las leyes de las Indias. Libro Segundo, Titulo Primero. De las leyes, provisiones, cédulas y Ordenanzas Reales” p. 2. [En Línea] Disponible en: <<http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html>>
 - 25) MONTEBRUNO, P; y DELGADO, A. “La vía chilena hacia el aborto”. Archivo The Clinic, 13 Marzo, 2012.
 - 26) Naciones Unidas. Informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer. Beijing, 1995. Disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>>
 - 27) Organización de los Estados Americanos. Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y

- Reproductivos. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/cevi11-declaration-es.pdf>>
- 28) Organización Mundial de la Salud (OMS), División de Salud Reproductiva. "Planificación Familiar Post- Aborto: Guía Práctica para Gerentes de Programas". New York, 1997 [en línea]. Disponible en: <http://whqlibdoc.who.int/hq/1997/WHO_RHT_97.20_spa.pdf. Consultado el 20 de Agosto de 2009>
- 29) PACHECO, Joaquín F. "El Código Penal, Concordado y Comentado" (III). Tomo III. Madrid, España. Imprenta de. D. Santiago Saunague. 1849. p. 37. [En Línea] Disponible en: <http://books.google.cl/books?id=ABO_Xso7akgC>
- 30) PECES-BARBA, Gregorio. MARTINEZ J. Desobediencia civil y objeción de conciencia.
- 31) POLITOFF Sergio, GRISOLIA, Francisco y BUSTOS Ramírez, Juan. Derecho Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 142.
- 32) POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; Y RAMIREZ, María. "Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial." Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 93.
- 33) POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; Y RAMIREZ, María. óp. cit.
- 34) PRECHT J. "Consideraciones ético-jurídicas sobre el Aborto Terapéutico." Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 n. ° 3, 1992, pág. 510.
- 35) Prodemu. Derechos sexuales y reproductivos. Junio 28, 2018. Disponible en <<http://www.prodemu.cl/wp-content/uploads/2017/09/N%C2%BA1-Derechos-Reproductivos.pdf>>
- 36) RAMIREZ JACINTO, Paulina del Carmen. MESTANZA CHÁVEZ, María. Casos de la CIDH, 2003.
- 37) CEPAL. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/5837-mirada-analitica-la-legislacion-interrupcion-embarazo-paises-iberoamerica-caribe>>
- 38) Real Academia Española. Aborto. 24 de Mayo de 2018. Disponible en <<http://dle.rae.es/>>

- 39) SQUELLA NORDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. Editorial jurídica. Pag. 102.
- 40) SUMARIO ROE VS WADE. [En Línea] Disponible en web: <<http://blogs.hazteoir.org/prolifeusa/2010/04/15/un-poco-de-historia-roe-vs-wade-y-la-legalizacion-del-aborto-%E2%80%9Con-demand%E2%80%9D-en-estados-unidos/>>
- 41) Tribunal Constitucional (2017), sentencia de veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, Rol N° 3.729(3.751)-17-CPT
- 42) WEST, Robin. "From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights". [En línea] Disponible en web: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/23>>