

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE DESPENALIZAR CIERTOS CASOS DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

SOME CONSIDERATIONS ON THE PROPOSAL TO DECRIMINALIZE CERTAIN CASES OF VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY

*Claudio Alvarado R.**

Resumen

Este trabajo analiza diversas aristas del debate surgido a partir de las propuestas políticas y legislativas que buscan despenalizar ciertas hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo. Se revisan los términos de la discusión y el marco en que esta debiera desarrollarse, así como también los supuestos específicos contemplados tanto en el anuncio de Michelle Bachelet en mayo de 2014, como en los proyectos de ley que actualmente se están tramitando en el Congreso. En particular, se examinan los conceptos e implicancias de los denominados aborto terapéutico, aborto por violación y aborto por inviabilidad fetal. Finalmente, se indagan otros argumentos que suelen estar presentes en este tipo de debates en nuestro medio, como el número de abortos clandestinos, la persecución penal de mujeres enfrentadas a situaciones extremas, y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos.

Palabras clave: interrupción voluntaria del embarazo, despenalización, aborto, aborto terapéutico, violación, inviabilidad fetal, abortos clandestinos.

Abstract

This paper analyzes the various facets of debate emerged from the political and legislative proposals seeking the decriminalization of certain

* Investigador del IES. Abogado, licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Fundamentos del Derecho Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 15 de julio de 2014 y aceptado el 27 de agosto de 2014. Correo electrónico: calvarado@ieschile.cl.

cases of abortion. It reviews the terms of the discussion and the context in which it should be developed, the specific cases contemplated in the announcement of Michelle Bachelet and in bill over the matter that are currently pending in Congress, and also the concepts and implications of the so-called therapeutic abortion, abortion in case of rape and fetal non-viability. Finally, other arguments that are usually present in the debate related to these issues are discussed, such as the number of illegal abortions, the penal prosecution of women facing extremely difficult situations, and Chile's obligations in matter of human rights.

Key words: voluntary termination of pregnancy, decriminalization, abortion, therapeutic abortion, rape, fetal non-viability, illegal abortions.

1. *Introducción*

En su discurso ante el Congreso Pleno realizado el 21 de mayo de 2014, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció que el gobierno de Chile promoverá una discusión en materia de interrupción del embarazo, incluyendo dentro de esto distintas hipótesis de aborto. Así, en el contexto de una dura crítica a distintas formas de violencia contra las mujeres, tales como femicidios y violencia intrafamiliar, la Presidenta Bachelet sostuvo que:

“Periódicamente conocemos por las noticias casos de mujeres que se practican abortos clandestinos que ponen en riesgo sus vidas, y sin duda las marcan con una experiencia de dolor y angustia. Y hace poco hemos sabido de una mujer en gravísimo estado. Y cada aborto en el país es una señal de que como sociedad estamos llegando tarde, porque la prevención no tuvo los resultados esperados.

Chile tiene que enfrentar en una discusión madura, informada y propositiva esta realidad, debatiendo en el Parlamento un proyecto de ley que despenalice la interrupción voluntaria del embarazo en casos de riesgo de vida de la madre, violación e inviabilidad del feto”¹.

Las palabras de Michelle Bachelet parecían ser claras: aquí no se trataría de promover el aborto libre, sino simplemente de despenalizar ciertas conductas que en determinadas circunstancias implicarían una legítima interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, todo indica que el asunto es más oscuro de lo que a primera vista podría pensarse.

¹ Michelle BACHELET JERIA, “Mensaje Presidencial. 21 de mayo de 2014”, p. 28.

¿En qué consiste el aborto terapéutico? ¿Qué lo diferencia del aborto puro y simple? ¿Efectivamente tenemos certeza de la cantidad de abortos clandestinos que se practican en el país? ¿Qué quiere decir despenalizar? ¿Son susceptibles de ser tratadas (y juzgadas) del mismo modo las distintas causales señaladas por la Presidenta de la República?

Considerando las muchas dudas y pocas certezas existentes al respecto, y lo álgido del debate en sí, no sorprende que con posterioridad al anuncio presidencial antes referido se haya desarrollado una amplia discusión pública. Es de esperar que este debate se incremente durante los próximos meses, pues si bien el gobierno anunció que no presentará un nuevo proyecto de ley, sí prometió su apoyo (y eventual modificación mediante indicaciones) a una o varias de las mociones parlamentarias sobre aborto que actualmente se encuentran en tramitación y que, como veremos, resultan convergentes con lo señalado en el mensaje presidencial del 21 de mayo.

Cabe tener presente, además, que las señales enviadas por la población en relación con estas materias son contradictorias. En efecto, los últimos resultados de la Encuesta del Centro de Estudios Públicos (agosto 2014) muestran que solo 2 de cada 10 chilenos apoyan el aborto libre (“una opción para las mujeres en cualquier caso”). Se trata de números coincidentes con la Encuesta Nacional Bicentenario Adimark-UC 2013, que refleja más de un 90% de rechazo al aborto puro y simple. Al mismo tiempo, ambas encuestas muestran que cerca de la mitad de la población aceptaría el aborto en determinados casos (55% y 59%, respectivamente).

En este contexto, el presente trabajo busca analizar someramente las diversas aristas en discusión, con vistas a ofrecer ciertas luces que permitan alcanzar una visión de conjunto respecto de esta problemática. En particular, se revisarán:

2. los términos del debate y el marco en que éste debiera desarrollarse;
3. los supuestos de aborto contemplados en el anuncio de Michelle Bachelet y en los proyectos de ley sobre la materia;
 - 3.1 el concepto de aborto terapéutico;
 - 3.2 las implicancias del aborto por violación
 - 3.3 y por inviabilidad fetal, y
4. otros argumentos que suelen estar presentes en esta disputa, tales como:
 - 4.1 el número de abortos clandestinos,
 - 4.2 la persecución penal de mujeres enfrentadas a situaciones límite, y
 - 4.3 las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos.

2. Un marco de referencia adecuado

Antes señalamos que el anuncio de Michelle Bachelet parecía descartar el aborto libre. Si bien son muchos los aspectos que deben ser aclarados en este debate, contar con esa certeza inicial no es poco: de hecho, es un buen punto de partida. En efecto, a partir de esa premisa es posible juzgar la pertinencia de ciertos argumentos, a la vez que excluir otros: es muy distinto abogar por

- i) un pretendido derecho-libertad de la mujer en virtud del cual, independiente de las circunstancias, ella estaría legitimada para realizar acciones orientadas directamente a poner término a la vida del niño que está por nacer; que
- ii) afirmar que en determinadas ocasiones sería necesario terminar con la vida del *nasciturus* porque esa sería la única manera de sanar una enfermedad de la madre, o al menos de evitarle una situación extremadamente grave, no obstante considerar el aborto puro y simple como un mal (para el niño, para la madre o para ambos)².

Si nuestra perspectiva de análisis es la primera, el supuesto es claro: la vida del niño o niña que se encuentra en el vientre materno no tiene igual valor (si acaso lo tiene) que la vida de la mujer que soporta la gestación. Argumentos del tipo “la mujer es dueña de su cuerpo”, “ella es libre de decidir si continúa adelante o no con su embarazo” y otros similares son esperables desde esta óptica, precisamente porque se cree que aquello que se encuentra dentro de la mujer no es susceptible de ser considerado un sujeto titular de derechos, al menos no en el mismo nivel que la mujer. Luego, la discusión versará principalmente sobre el valor y dignidad del *nasciturus*: quienes se oponen al aborto puro y simple se esforzarán por mostrar que aquél es un ser humano inocente, y que por tanto no es lícito terminar directamente con su vida.

En cambio, el asunto es muy diferente si nuestra aproximación al problema está dada por la segunda perspectiva previamente esbozada. Si nuestro punto de partida no es considerar al aborto como algo bueno, ni tampoco como un derecho exigible por la mujer en toda circunstancia, lo fundamental será el análisis de aquellos supuestos en los que sería legítimo terminar con la vida del niño no nacido. El debate consistirá, precisamente,

² Véase más en INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD et al., *Aborto “terapéutico”*. 8 claves para el debate, pp. 5 ss.

en analizar si existen razones suficientes (y cuáles serían estas) para avalar una conducta que, en términos generales, consideramos indeseable. El centro de la discusión no será sobre la naturaleza del embrión o feto, porque asumimos que se trata de un ser humano. Si no fuera así, ¿qué explicaría que la mujer no goce del derecho a terminar con su embarazo cuando y como estime pertinente? Si se trata de un asunto difícil, es porque están en juego dos vidas humanas, no sólo una.

La principal consecuencia de abordar el problema de esta forma puede resumirse, en palabras de la propia Michelle Bachelet, en que al momento de analizar las distintas dimensiones de este debate debemos *pensar en la realidad de todos*³. En efecto, al discutir sobre aborto debemos pensar en la dignidad de todos los sujetos involucrados, que por lo pronto son dos: la mujer y madre enfrentada a una situación en extremo difícil, y el niño o niña que está por nacer. En todo caso, también cabe agregar al padre –sus responsabilidades e intereses suelen ser olvidados en esta polémica–, a los facultativos médicos, y en general a todos aquellos que se relacionan de una u otra forma con la gestación de una nueva vida.

En rigor, cualquier otro criterio implicaría o bien una discriminación injusta, o bien cambiar el marco de la discusión y asumir una postura en favor del aborto libre. Considerando que este último no es el objeto de nuestra disputa, debemos tener presente cuáles son los puntos de referencia adecuados para enfrentar el debate que ha propuesto la Presidenta de la República. Una solución justa, definitivamente, debe considerar la integridad de todos a quienes afecta una eventual legislación en materia de aborto.

3. Los supuestos en discusión

Michelle Bachelet señaló tres supuestos de aborto en los que, desde su punto de vista, sería necesario legislar: riesgo de vida de la madre, violación e inviabilidad del feto. Se trata, en términos generales, de las mismas circunstancias que recogen las mociones parlamentarias que actualmente se están tramitando en el Congreso, y que buscan regular la interrupción voluntaria del embarazo⁴.

³ *La Tercera*, 22 de mayo de 2014. Disponible en www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579297-9-bachelet-pide-pensar-en-la-realidad-de-todos-en-debate-sobre-despenalizacion-del.shtml Consultada el 19 de agosto de 2014.

⁴ Además de los proyectos de ley señalados a continuación, también deben tenerse presente otras dos iniciativas ingresadas este año (*Boletín* N° 9.418-11 y *Boletín* N° 9.480-

Así, por ejemplo, el proyecto de ley que “modifica el artículo 119 del Código Sanitario para permitir la interrupción médica del embarazo en caso de riesgo de la madre”⁵, persigue posibilitar la interrupción del embarazo “sólo con fines terapéuticos”, en la medida que dos médicos cirujanos presten su opinión favorable al respecto. Esta moción es muy similar al proyecto que “permite interrupción del embarazo ante riesgo demostrado para la vida de la madre”⁶. Esta iniciativa busca reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario, proponiendo la siguiente redacción:

“No se considerará aborto la acción destinada a salvar la vida de la madre, cuando existiere un riesgo demostrado para la misma, si a consecuencia de ello se produjere la interrupción del embarazo. Para proceder de esa forma se requerirá de un informe de dos especialistas registrado en la ficha clínica de la paciente”.

Por su parte, el “Proyecto de ley que establece la licitud de los procedimientos de interrupción del embarazo en casos determinados”⁷, busca agregar un segundo inciso al artículo 119 del Código Sanitario, que autorice el aborto cuando este se comprenda como indispensable para salvar la vida de la mujer o para evitar un daño irremediable a su salud física o mental; cuando el embrión o feto presente patologías congénitas incompatibles con la vida extrauterina; y cuando el embarazo sea producto de violación, abuso sexual con eficacia reproductiva o cualquier técnica de reproducción asistida no consentida por la mujer embarazada (todo lo cual, en el caso de este tercer conjunto de causales, podría requerirse únicamente hasta la duodécima semana de gestación).

Algo análogo sucede con el “Proyecto de ley sobre interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas”⁸, que contempla las siguientes causales: peligro para la vida de la mujer embarazada o amenaza de afectación grave a su salud corporal, que no pueda evitarse de otro modo exigible

11). La primera de ellas presenta características similares a los proyectos aquí descritos, y la segunda busca modificar la tipificación del delito de aborto en general, avanzando hacia su despenalización.

⁵ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 6.420-11, presentado el 19 de marzo de 2009, por los diputados De Urresti, Escobar, Espinoza, Farías, Jiménez, Monsalve, Núñez, Quintana, Rossi y Sule.

⁶ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 7.965-11, ingresado el 4 de octubre de 2011, por los senadores Pizarro, Ruiz-Esquiide, Walker y Zaldívar.

⁷ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 8.862-11, presentado el 2 de abril de 2013, por los senadores Allende, Gómez, Lagos Weber y Rossi.

⁸ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 8.925-11, presentado el 7 de mayo de 2013, por los diputados Ascencio, Castro, Cornejo, Gutiérrez, Muñoz, Núñez, Pacheco, Robles, Saa y Silber.

a la mujer; patología grave del embrión o feto que resulte incompatible con su supervivencia después del nacimiento (hasta la vigésimo segunda semana de gestación); y razones fundadas que permitan presumir que la mujer ha sido objeto de violación u otro abuso sexual (hasta la duodécima semana de gestación).

Una regulación semejante propone el “Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el Código Penal para su despenalización en las mismas hipótesis”⁹. Esta iniciativa contempla los siguientes supuestos: riesgo de vida de la madre, en la medida que no existan otros medios para evitar dicho riesgo; graves taras o malformaciones físicas o psíquicas del feto, ya sean presentes o previsibles clínicamente; y embarazo fruto de un hecho constitutivo del delito de violación (sólo dentro de las primeras 12 semanas de gestación en el caso de esta última causal).

Más allá de las diferencias existentes entre estos diversos proyectos de ley, es claro que los supuestos que ellos contemplan son convergentes con aquellos que, a juicio del gobierno, ameritan legislar en favor de la interrupción voluntaria del embarazo. Esto, además de ratificar el marco en el que debiera darse el debate –ningún dirigente político dice estar abogando por el aborto puro y simple–, da cuenta de la necesidad de analizar debidamente las causales, supuestos o circunstancias que harían necesario un cambio a la legislación vigente.

3.1. ¿QUÉ ES EL ABORTO TERAPÉUTICO?

Sin duda las hipótesis de aborto respecto de las que se busca legislar aluden a casos dramáticos, y tanto la sociedad civil como el Estado deben ofrecer alternativas e instancias de apoyo eficaces y, en la mayor medida posible, al alcance de todos los ciudadanos: la llamada cultura de la vida, para ser tal, debe traducirse en propuestas y proyectos concretos. La ausencia de ciertas medidas urgentes y necesarias, sin embargo, no conlleva una validación *a priori* de las circunstancias que en opinión de Michelle Bachelet y varios parlamentarios legitimarían la interrupción voluntaria del embarazo. Dado que en el marco de discusión propuesto por la propia Presidenta el aborto no es considerado ni un bien ni un derecho, dichas circunstancias deben ser analizadas rigurosamente: es el único modo, insistimos, de determinar si existen razones suficientes para legitimar una conducta que en principio consideramos indeseable.

⁹ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 9.021-11, presentado el 9 de julio de 2013, por el senador Girardi.

Un análisis tal debe comenzar por distinguir los tres casos de aborto sometidos a debate, porque únicamente el supuesto de riesgo para la vida o salud de la madre corresponde a aquello que podríamos considerar, en sentido estricto, un aborto terapéutico. Como explicaremos en los apartados siguientes, ni el aborto por violación ni el aborto por inviolabilidad fetal –pese al innegable drama que envuelven– pueden representar verdaderos ejemplos de este primer tipo de aborto: en ellos, siendo rigurosos, no se busca sanar una enfermedad. Lo propio del aborto terapéutico, en cambio, es curar una enfermedad de la madre.

Con todo, debemos notar la diferencia que existe entre aquellas acciones dirigidas a causar la muerte del niño que está por nacer, con vistas a curar una enfermedad de la madre, y aquellos tratamientos –lícitos e indiscutidos– que, buscando sanar a la mujer, pueden llegar a dañar al niño que está en el vientre materno. La diferencia consiste en que mediante los segundos no se busca ni como fin ni como medio poner término a la vida del embrión o feto: el fin próximo u objeto del acto está dado por la terapia respectiva, orientada directamente a sanar una enfermedad. Así, incluso si el niño que está por nacer llega a morir, en este caso no estamos en presencia de un aborto, sino que ante la consecuencia dramática y no deseada de un tratamiento médico, ya sea salpingectomía, quimioterapia u otro.

Aquí, vale decir, estamos en presencia de la aplicación de un principio o criterio de razonamiento práctico de alcance más general, conocido como voluntario indirecto o doble efecto. Este principio ayuda a juzgar la licitud de una acción que puede producir dos o más efectos, de los que al menos uno es considerado moralmente malo. En virtud de este criterio, una acción como la descrita será lícita siempre y cuando:

- i) el efecto malo no se intente ni como fin ni como medio y
- ii) exista una razón suficiente o proporcionada que permita aceptar el eventual efecto malo.

Así, una acción que en abstracto sería considerada ilícita por provocar el efecto malo, deja de serlo en la situación específica, en la que resulta imprescindible ejecutar el acto en cuestión¹⁰.

Luego, en aquellos casos en que la vida de la madre corre peligro, se pueden practicar sin problema aquellas terapias que buscan sanarla, y que solo aceptan la muerte del niño como efecto no deseado y colateral. El llamado *aborto terapéutico* es diferente, porque sin perjuicio de la intención ulterior (el bienestar de la mujer), el objeto o fin próximo de la acción es

¹⁰ Véase más en Alejandro MIRANDA MONTECINOS, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, pp. 490 y ss.

terminar con la vida del *nasciturus*: la terapia, de hecho, consistiría en la muerte del niño. Por lo mismo, si luego de intentar este tipo de aborto el embrión o feto no muere, los implicados en el procedimiento muy probablemente lo considerarán un fracaso. De lo que se trataría justamente es de terminar con la vida del niño no nacido: éste sería el medio para sanar a la madre¹¹.

Llegados a este punto, surgen dos preguntas. La primera es si un acto de este tipo difiere sustancialmente del aborto puro y simple, porque todo indica que desde el momento que aceptamos disponer directamente de la vida del niño, estamos ante una misma especie o clase de acción. La segunda pregunta es cuáles serían los casos en que se requeriría llevar adelante este tipo de procedimientos. Desde la óptica de la salud de la madre, no se ven motivos para intentar una acción como esta, porque, dado lo anteriormente explicado, nuestra práctica médica permite y de hecho realiza sin problemas aquellas terapias que, buscando sanar a la madre, pueden producir como efecto secundario, no buscado ni deseado, la muerte del embrión o feto¹². Por lo mismo, este tipo de terapias no recibe ni podría recibir sanción alguna bajo nuestra legislación¹³.

Diferenciar estos supuestos es muy importante, porque si de verdad deseamos pensar en la dignidad de todos los involucrados, no da lo mismo aceptar o no el llamado aborto terapéutico. Y si lo que interesa es la posibilidad de aplicar a la madre aquellos tratamientos orientados directamente a sanarla, no se observan motivos que justifiquen los cambios legislativos propuestos.

3.2. ABORTO POR VIOLACIÓN

Atrás adelantamos que, independiente de las críticas recién vertidas a la idea de aborto terapéutico, solo la primera de las hipótesis en discusión cabría en tal concepto. Pero esto de ningún modo debe entenderse como una negación del dolor que viven las mujeres o niñas que han sido violadas o abusadas sexualmente. Tal como dijimos antes, en estas situaciones dramáticas se requiere un fuerte apoyo de la sociedad civil y del Estado:

¹¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD, *op. cit.*, p. 5.

¹² La lectura del “Código de Ética” (2011) del Colegio Médico confirma esta realidad. Su artículo 8 señala como deber general del médico “el respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término” como “fundamento básico del ejercicio profesional médico”, agregando que “toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo”. Acto seguido, el artículo 9 de la misma normativa señala: “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”.

¹³ Véase más en Magdalena OSSANDÓN WIDOW, “Aborto y Justificación”, pp. 333 ss.

para proteger la vida humana no basta ni de cerca con la mera preocupación. Pero este apoyo, para ser tal, debe ser justo, porque no se puede hacer el bien utilizando medios ilícitos, ni menos atentando contra un ser humano inocente.

En este sentido, necesitamos preguntarnos qué implica aceptar una acción orientada deliberada y directamente a terminar con la vida del niño que está en el vientre materno, independiente cómo él haya sido concebido. Sin perjuicio del dolor y de las dificultades que subyacen a los embarazos producidos como consecuencia de un abuso, todo indica que en esta hipótesis el dilema presentado es más amplio y más radical que la preocupación por la salud o vida de la madre. Siendo rigurosos, esto más bien equivale a aceptar el aborto puro y simple, aunque sea sólo en este supuesto. Quizá alguien podría afirmar que la terapia tiene lugar de modo indirecto, dadas las evidentes dificultades psicológicas que enfrenta una mujer o niña violentada, pero lo cierto es que al no estar en riesgo la vida o salud de la madre –si lo estuviera, el razonamiento y el camino a seguir serían los del acápite anterior–, lo que se reclama aquí es más bien un “derecho a abortar”, aunque sea únicamente en estas circunstancias.

La primera conclusión que podemos obtener, entonces, es que este supuesto de aborto nos saca del marco de discusión en que supuestamente estamos inmersos. El foco del debate pasa a ser otro: quien está en el vientre materno ¿merece ser tratado como uno de nosotros o podemos disponer de él como un medio? Las preguntas versan sobre quiénes somos nosotros para disponer de otro miembro más pequeño de nuestra misma especie, y si acaso este puede ser tratado como una cosa solo por el origen de su concepción, por estar en el cuerpo de otro y/o por no estar completamente desarrollado. La interrogante fundamental en este contexto es si podemos hacer lo que queramos con él, como si fuera un mero objeto, por el hecho de haber sido concebido en el contexto de una agresión. Pero todo esto, como se ve, tiene poco que ver con un aborto terapéutico.

No está de más reiterar que nadie puede negar el drama de un embarazo en extremo difícil, ni tampoco la necesidad de apoyarlo. Pero si no partimos de la base del aborto puro y simple ni de la lógica que se esconde detrás de este, entonces no se entiende cuál sería la razón que justifica el aborto por violación. Ante crímenes tan atroces lo mínimo que podemos hacer, ciertamente, es buscar medidas que alivien la situación de quienes han sufrido tal nivel de violencia y vejación. Pero para hacer justicia no bastan las buenas intenciones, y por lo mismo debemos ser muy cuidadosos. En especial porque aquí no se trata solo de la vida del niño que está por nacer: si bien no son pocos quienes han presentado al aborto como una solución que mejora la situación de las mujeres, eso al

menos resulta altamente discutible, tal como puede advertir cualquier visión elaborada de los intereses en juego.

En efecto, en el caso del aborto por violación, la legislación permisiva ha sido cada vez más cuestionada desde la mirada médica. Como ha explicado reiteradamente el doctor Elard Koch¹⁴, no existen estudios que demuestren reales beneficios del aborto sobre la salud de la mujer, al punto que en el caso del aborto por violación dicha evidencia existe, pero en sentido contrario. Pensemos, por ejemplo, en hipótesis de violación reiterada (donde existe un alto riesgo de embarazo), como podrían ser abusos sexuales de niñas adolescentes al interior del grupo familiar. En estos casos muchas veces permanece oculto el aborto inducido por coerción, es decir, aquel en que la mujer, muchas veces menor de edad, es presionada u obligada a abortar. Se trata de un típico ejemplo en que una ley más permisiva puede contribuir a dejar impune al violador y condenar a la indefensión a la mujer o niña abusada, tal como dan cuenta un estudio en Canadá¹⁵ y una investigación de la OMS¹⁶.

Así, el aborto también puede tener consecuencias dañinas para la madre: si es que acaso resuelve un problema de salud mental –nadie ha explicado muy bien cómo–, lo hace reemplazándolo por otro que bien podría ser mucho peor. Por lo mismo, no se visualizan argumentos que respalden la idea de que el aborto representa un medio eficaz para ayudar a las mujeres en el caso de violación u otro tipo de abusos sexuales. Si a esto añadimos además las dificultades jurídicas del asunto –cómo probar la existencia de la agresión, considerando que acreditar judicialmente una violación toma varios meses–, se hace necesario buscar otro tipo de soluciones, no sólo por el bien de los niños, sino también por el de las madres.

3.3. ABORTO POR INVIVIBILIDAD FETAL

En los párrafos anteriores dijimos que es innegable el drama que viven las mujeres embarazadas luego de una violación. Algo análogo sucede con las mujeres y demás personas implicadas en embarazos complejos, en que el embrión o feto padece una enfermedad grave: nadie razonable podría afirmar que se trata de situaciones sencillas. Pero precisamente

¹⁴ Elard S. KOCH, “Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia”, *passim*.

¹⁵ William A. FISHER *et al.*, “Characteristics of women undergoing repeat induced abortion”, *passim*.

¹⁶ Christina C. PALLITTO *et al.*, “Intimate partner violence, abortion, and unintended pregnancy: Results from the WHO Multi-country Study on Women’s Health and Domestic Violence”, *passim*.

por lo mismo debemos buscar alternativas auténticamente humanas, que respeten la dignidad de todos los pacientes implicados.

Debemos advertir que aquí no existe ninguna exageración al hablar de *todos los pacientes implicados*: los avances de la Medicina fetal constatan la comunicación existente entre el embrión y su madre a partir de la secreción de exosomas (vesículas que incorporan proteínas y micro RNA, que regulan la expresión de los genes y la función de otras células). De hecho, a partir del desciframiento del código genético personalizado, será cada vez más viable tratar al embrión o feto como un paciente propiamente tal, lo que permitirá a su vez realizar cada vez más intervenciones médicas con vistas a curar alteraciones genéticas, garantizando un mejor embarazo tanto para la madre como para el niño que está en el vientre materno¹⁷.

En este contexto, resulta imprescindible llamar la atención sobre la inconveniencia del lenguaje utilizado: ¿qué es un ser humano inviable? Un negocio o un proyecto pueden ser inviables, pero no un ser humano, y menos cuando estamos en presencia de uno tan débil e indefenso como un niño que está por nacer y que padece alguna malformación o enfermedad¹⁸. En rigor, no es posible jerarquizar las vidas humanas, y en particular el Estado no tiene ninguna legitimidad para realizar un juicio de ese tipo: la vida de un niño enfermo es igualmente digna que la vida de cualquier otra persona. La vida humana no tiene valor cuantificable ni precio, y por tanto el Estado debe proteger a todos los involucrados, así como también utilizar todos los medios lícitos para apoyar a la madre.

Un caso particularmente trágico y polémico dice relación con los niños anencefálicos. Se trata de fetos que no terminan el desarrollo de su cerebro, y que por tanto solo cuentan con una parte de este órgano. Por ello, estos niños, en el mejor de los casos, podrán sobrevivir un tiempo breve después del parto. Lo anterior ha llevado a que ciertos actores planteen un paralelo entre esta situación y la “muerte cerebral”. Pero como ha explicado Hernán Corral, la analogía es errónea: por una parte, aquí no existe la destrucción de un órgano que previamente funcionaba, sino que la frustración de su desarrollo; y por otro lado, los niños anencefálicos no presentan una inexistencia total de funciones troncoencefálicas, ya que mantienen ciertos reflejos vegetativos (como la circulación sanguínea, y también la respiración e incluso la succión si es que llegan a nacer)¹⁹.

Detrás de esta confusión parecieran existir dos equívocos. El primero es suponer que la “muerte cerebral” es una especie particular de muerte,

¹⁷ Sebastián ILLANES LÓPEZ, “El embrión como paciente: desafíos del siglo XXI”, *passim*.

¹⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ Véase más en Hernán CORRAL TALCIANI, “Anencefalia”, *passim*.

y no lo que verdaderamente es: una forma distinta (a la finalización de la actividad cardio-respiratoria) de diagnosticar la única muerte que sufre el ser humano. El segundo error puede formularse del modo siguiente: si el niño anencefálico está realmente muerto, ¿qué justifica incluir este tipo de supuestos en una ley de aborto? Es importante tomar conciencia de esta paradoja: al señalar que se requiere legislar en materia de aborto para el caso de los niños anencefálicos, lo que en realidad se está haciendo es reconocer que estos niños están vivos.

Ante embarazos dolorosos y difíciles como estos, lo que se requiere es avanzar hacia alternativas auténticamente humanas, que miren a todos los pacientes en cuestión. En este sentido, la experiencia en cuidados paliativos perinatales ante malformaciones congénitas letales, liderada en Chile por el Dr. Jorge Neira, es un ejemplo de humanidad, del que tenemos mucho que aprender²⁰. En cambio, si la propuesta de enfrentar estas hipótesis parte de la base que el niño que está en el vientre materno no es titular de derechos o que no merece el mismo respeto que un ser humano ya nacido, el debate, nuevamente, versa sobre el aborto en general: si el niño que está por nacer no es un ser humano cuya vida merezca respeto, no tiene sentido prohibir el aborto en circunstancia alguna.

4. Otros argumentos

Llegados a este punto, podemos afirmar que el análisis de las hipótesis o supuestos en los que sería necesario legislar en materia de aborto resultan más que discutibles. Si algo podemos concluir a partir del análisis anterior es la inconsistencia de la propuesta esbozada por Michelle Bachelet y apoyada por diversas mociones parlamentarias. Por una parte, en aquellas circunstancias en que la vida de la madre corre peligro, tanto nuestro ordenamiento jurídico como la *lex artis* médica acepta sin lugar a dudas la aplicación de tratamientos que, buscando curar a la mujer embarazada, pueden llegar a dañar al niño aún no nacido. Por otro lado, si legisláramos el aborto por violación o por inviolabilidad fetal, en verdad estaríamos aceptando un “derecho a abortar”, aunque sea únicamente en esos casos. Esto implica no sólo un nuevo marco del debate, sino una abierta contradicción con el rechazo del aborto libre o puro y simple.

Sin embargo, existen otros argumentos que, a juicio de algunas voces, harían necesario avanzar en estos asuntos.

²⁰ Véase más en PROGRAMA ‘ACOMPañAR ES’, “Cuidados Paliativos Perinatales UC-Christus. Primer informe de 18 meses de desarrollo”, *passim*.

4.1. ABORTOS CLANDESTINOS

En su discurso al Congreso Pleno, este fue el primer argumento invocado por la Presidenta Bachelet. Una idea similar ha sido planteada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales: en Chile se llevarían a cabo cientos de miles de abortos clandestinos, y por tanto el Estado tendría la obligación de hacerse cargo de esta realidad²¹. Sin embargo, todo indica que esto, al menos en los términos en que ha sido planteado, es un mito sin mayor fundamento.

En efecto, lo propio de los abortos clandestinos es precisamente su clandestinidad: no existe certeza de cuántos abortos de este tipo se practican en el país. Con todo, las estimaciones más serias que existen al respecto, realizadas sobre la base del número de ingresos hospitalarios por complicaciones producidas por abortos, calculan alrededor de 5.000 abortos al año²². Por lo demás, las muertes por este concepto en Chile disminuyeron 99% en 50 años y, dicho sea de paso, continuaron bajando luego de la prohibición del aborto terapéutico (en 1989). En rigor, hoy en día Chile es uno de los países con mejores tasas de mortalidad materna en el continente –11,9 por 100.000 nacidos vivos–, superando incluso a Estados Unidos, y ubicándose sólo tras Canadá²³.

En consecuencia, los cientos de miles de abortos que supuestamente se practicarían en Chile en realidad no encuentran respaldo en la evidencia científica.

4.2. CASOS DRAMÁTICOS

LA NECESIDAD DE DESPENALIZAR

Por el tenor del debate que se ha dado hasta el momento en materia de aborto, no parecen ser pocos quienes, reconociendo la ilicitud de la conducta abortiva, cuestionan la razonabilidad de que el aparato estatal persiga y sancione a una madre enfrentada a situaciones límite, o que ha abortado después de haber sido brutalmente violentada. ¿No hay consideraciones humanitarias que obliguen a repensar el asunto? El punto parece más que pertinente, y podría llevar a creer que se requiere legislar al respecto, con vistas a posibilitar una auténtica despenalización del aborto. De lo que se trataría aquí es de lo siguiente: en ciertos casos calificados *ex ante*, el

²¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, pp. 69 ss.

²² Elard S. KOCH *et al.*, “Women’s Education Level, Maternal Health Facilities, Abortion Legislation and Maternal Deaths: A Natural Experiment in Chile from 1957 to 2007”, *passim*.

²³ Elard S. KOCH, “Chile, Irlanda y el aborto”, *passim*.

Estado debería renunciar a perseguir penalmente una conducta delictual que, en términos generales, sigue siendo ilícita.

Sin embargo, es importante advertir que la prohibición general del aborto no implica que toda conducta abortiva será, necesariamente y en cualquier circunstancia, conducente a una pena de cárcel para la mujer. En efecto, para que esta sea sancionada penalmente por aborto en un determinado caso concreto no solo se requiere que la conducta en que ella incurre esté tipificada como delito (tipicidad), ni tampoco basta que dicha conducta contravenga la ley dañando algún bien jurídico socialmente relevante (antijuridicidad). Al igual que cualquier otro hecho que pueda llegar a constituir un delito, también se requiere acreditar la culpabilidad del agente, en este caso de la mujer enfrentada a situaciones dramáticas. El aborto no es la excepción.

Así, una mujer que ha abortado podría, dependiendo de las circunstancias, ser exculpada en razón de alguna causal eximente de responsabilidad penal. Por ejemplo, fuerza irresistible o miedo insuperable del artículo 10 N° 9 del Código Penal²⁴. El punto es que determinar todo esto resulta imposible en abstracto: la culpabilidad se verá caso a caso, a la luz de todos los antecedentes de hecho que configuren la situación concreta y específica. Si se estableciera, en cambio, una causal de justificación que legitime *a priori* el aborto, aunque sea solo en ciertos supuestos, se estarían avalando *ex ante* acciones orientadas directamente a terminar con la vida del niño no nacido. Con ello quedarían indemnes no solo la mujer, sino que también el médico y cualquier otro tercero que colabore con el aborto (lo que, dicho sea de paso, nos acerca al aborto puro y simple).

Por lo demás, las cifras de Gendarmería y del Ministerio Público confirman que aquí no existe un problema. Entre los años 2010 y 2013 hubo 80 sentencias condenatorias por delito de aborto consentido, 10 por delito de aborto no consentido y 2 por aborto cometido por un facultativo médico. En este contexto, 28 personas recibieron condena efectiva, de las que sólo 4 son mujeres y, de ellas, únicamente dos se encontraban en edad fértil. Es decir, solo 2 mujeres (de un total de 80, considerando que las cifras relevantes a estos efectos son las de aborto consentido) podrían eventualmente encontrarse en alguno de los supuestos que harían necesaria la despenalización del aborto. Y esto, es importante insistir, es solo eventual, porque no consta que esas dos mujeres no hayan estado en los equipos médicos involucrados, ni tampoco cuáles fueron los motivos que las habrían llevado a abortar²⁵.

²⁴ Véase más en Magdalena OSSANDÓN WIDOW, *op. cit.*, pp. 360 ss.

²⁵ Jorge FÁBREGA LACOA, "Penalización del aborto en Chile: las cifras", *passim*.

En consecuencia, si nuestra inquietud consiste en el drama de la mujer que enfrenta situaciones límite, y no en legitimar el aborto libre, no se vislumbran argumentos en favor de la llamada despenalización del aborto.

4.3 OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

Los partidarios de avanzar en ciertos supuestos de aborto suelen afirmar que Chile, al prohibir toda forma de aborto, estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos²⁶. Sin embargo, no existen tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes que reconozcan o establezcan algo así como un “derecho al aborto”. De hecho, no existe ningún tratado semejante en todo el sistema interamericano de derechos humanos, ni tampoco en la órbita de competencia de Naciones Unidas. En todo el mundo, en rigor, solo existe un tratado regional que menciona el aborto, en el ámbito del sistema africano (art. 14.2.c. del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conocido como Protocolo de Maputo).

Lo anterior es muy relevante desde la perspectiva jurídica, porque existe una distinción entre los tratados internacionales y la costumbre, que constituyen las fuentes formales del derecho internacional (art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y las recomendaciones, interpretaciones u observaciones de los diversos organismos internacionales que son citados con frecuencia en estas materias. Estas últimas pueden constituir una fuente de *soft law*, pero carecen de fuerza vinculante. Por lo mismo, no sorprende que tanto en las declaraciones de El Cairo (1994) como de Beijing (1995) –instancias comúnmente citadas por quienes abogan por un derecho al aborto– se haya reconocido que las decisiones sobre aborto se adoptarían siempre a nivel local (que, dicho sea de paso, es lo propio de todo debate político).

No podría ser de otra forma, considerando que la Carta de Naciones Unidas señala expresamente que no resulta lícito intervenir en asuntos que pertenecen esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados (art. 2.7). Lo interesante es que, en virtud de esta misma jurisdicción, en Chile sí se encuentran vigentes una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho humano básico a la vida de todo ser humano: entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) y la Convención de los Derechos del Niño.

²⁶ Por ejemplo, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *op. cit.*

En consecuencia, no existen argumentos que permitan fundar jurídicamente la existencia de un derecho al aborto o algo semejante²⁷.

5. Conclusiones

Tanto el anuncio de Michelle Bachelet, en mayo de 2014, como los proyectos de ley que actualmente se están tramitando en el Congreso parecían ser claros: aquí nadie estaría promoviendo el aborto libre, sino que simplemente se trataría de despenalizar ciertos supuestos de aborto en casos muy calificados. Pero si realmente no deseamos avanzar hacia el aborto puro y simple, debemos pensar en la realidad de todos los involucrados que, como hemos visto, son al menos dos: la mujer y madre enfrentada muchas veces a una situación extrema, y el niño o niña que está por nacer. Y si este es el marco de la discusión, debemos analizar con sumo cuidado las causales, supuestos o circunstancias que harían necesario legislar en materia de aborto.

Así, por una parte, desde la perspectiva de la salud de la madre, no se ven motivos para intentar acciones en que se disponga directamente del niño que está en el vientre materno: nuestra práctica médica y nuestro derecho permiten aquellos tratamientos que, queriendo sanar a la madre, eventualmente pueden producir la muerte del niño, como efecto no buscado ni deseado. Por otro lado, nadie podría razonablemente negar el drama de un embarazo difícil, ni tampoco la necesidad de apoyarlo. Pero no se puede hacer el bien atentando contra un ser humano inocente, y eso pone en serio entredicho tanto el aborto por violación como el de niños con malformaciones congénitas letales: más allá de las buenas intenciones y del dolor de los implicados, no existe una diferencia sustancial entre estas hipótesis y la lógica del aborto libre.

Pero eso no es todo: aquí no se trata solo de la vida del niño que está por nacer. Si bien no son pocos quienes han presentado al aborto como una solución que mejoraría la situación de las mujeres, no existe ninguna evidencia al respecto. De hecho, la evidencia se inclina en sentido contrario. El aborto también puede tener consecuencias dañinas para la madre y, por tanto, no se vislumbran argumentos que respalden la idea de que el aborto representa un medio eficaz para ayudar a las mujeres que enfrentan situaciones difíciles. Tanto por el bien de los niños no nacidos como de las mujeres embarazadas debemos buscar otro tipo de soluciones o alternativas auténticamente humanas.

²⁷ Véase más en COMUNIDAD Y JUSTICIA, *Aborto y Derechos Humanos: ¿Qué dice el Derecho Internacional?*, pp. 4 ss.

En este contexto, se han planteado otros argumentos que, para algunos, harían necesario legislar en materia de aborto. Pero como se ha expuesto, dichos argumentos no son tales: los pretendidos abortos clandestinos no son cientos de miles (y de hecho Chile es ejemplo en materia de mortalidad materna); no es verdad ni jurídica ni empíricamente que las mujeres que enfrentan situaciones límites vayan a terminar necesariamente en la cárcel; y no existen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al respecto. En rigor, si existe una obligación en nuestro ordenamiento jurídico, es proteger la vida de cualquier ser humano inocente.

Finalmente, si ante estos argumentos se esgrime que el niño que está en el vientre materno no es titular de derechos o no merece el mismo respeto que un ser humano ya nacido, el debate se transforma en una discusión sobre el aborto puro y simple: si podemos disponer del niño que está por nacer, no tiene sentido prohibir el aborto en circunstancia alguna. Hasta donde sabemos, ningún actor público relevante desea eso en nuestro país, y por lo mismo es de esperar que este tipo de consideraciones sean tenidas en cuenta a la hora de debatir sobre el aborto.

Bibliografía

- BACHELET JERIA, Michelle, “Mensaje Presidencial. 21 de mayo de 2014”, Discurso leído ante el Congreso Pleno. Disponible en http://21demayo.gob.cl/pdf/2014_discurso-21-mayo.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013. Disponible en www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/10/Informe-Anual-2013-completo.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- COMUNIDAD Y JUSTICIA, *Aborto y Derechos Humanos: ¿Qué dice el Derecho Internacional?*, Santiago, Comunidad y Justicia, 2014. Disponible en <http://comunidadyjusticia.cl/attachments/article/224/Trabajo%20C%20y%20J.pdf>. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Anencefalia”, artículo publicado en *Derecho y Academia*, 18 de septiembre de 2011. Disponible en <http://corraltalciani.wordpress.com/2011/09/18/anencefalia/>. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- FÁBREGA LACOA, Jorge, “Penalización del aborto en Chile: las cifras”, columna de opinión publicada en *Voces de La Tercera*, 5 de agosto de 2014. Disponible en <http://voces.latercera.com/2014/08/05/jorge-fabrega/penalizacion-del-aborto-en-chile-las-cifras/>. Consultada el 19 de agosto de 2014.

- FISHER., William A., Sukhbir S. SINGH, Paul A. SHUPER, Mark CAREY, Felicia OTCHET, Deborah MACLEAN-BRINE, Diane DAL BELLO, Jennifer GUNTER, "Characteristics of women undergoing repeat induced abortion", en *CMAJ*, vol. 172 N° 5, 2005, pp. 637-641. Disponible en www.cmaj.ca/content/172/5/637.full.pdf+html. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- ILLANES LÓPEZ, Sebastián, "El embrión como paciente: desafíos del siglo XXI", Clase Magistral Inauguración Año Académico 2013 Universidad de los Andes.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD, IDEA PAÍS E INSTITUTO RES PUBLICA, *Aborto "terapéutico". 8 claves para el debate*, Santiago, Ediciones Instituto de Estudios de la Sociedad, 2013. Disponible en www.ieschile.cl/wp-content/uploads/2011/07/Informe-aborto-IES.IP_.RP_.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- KOCH, Elard S., "Chile, Irlanda y el aborto", columna de opinión publicada en *Chile B*, 18 de marzo de 2013. Disponible en www.chileb.cl/perspectiva/chile-irlanda-y-el-aborto/. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- KOCH, Elard S., "Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia", columna de opinión publicada en *Chile B*, 9 de julio de 2013. Disponible en www.chileb.cl/perspectiva/aborto-en-casos-de-violacion-perpetuando-un-ciclo-de-violencia/
- KOCH, Elard S., John THORP, Miguel BRAVO, Sebastián GATICA, Camila X ROMERO, Hernán AGUILERA, Ivonne AHLERS, "Women's Education Level, Maternal Health Facilities, Abortion Legislation and Maternal Deaths: A Natural Experiment in Chile from 1957 to 2007", en *PLoS ONE*, vol. 7 N° 5, 2012, pp. 1-16. Disponible en www.plosone.org/article/doi/10.1371/journal.pone.0036613&representation=PDF, Consultada el 19 de agosto de 2014.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3, Santiago, 2008, pp. 485-519, Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art05.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- PALLITTO, Christina C., Claudia GARCÍA-MORENO, Henrica A.F.M. JANSEN, Lori HEISE, Mary ELLSBERG, Charlotte WATTS, "Intimate partner violence, abortion, and unintended pregnancy: Results from the WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence", en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 120 N° 1, 2013, pp. 3-9. Disponible en [www.ijgo.org/article/S0020-7292\(12\)00398-0/pdf](http://www.ijgo.org/article/S0020-7292(12)00398-0/pdf). Consultada el 19 de agosto de 2014.
- PROGRAMA 'ACOMPANAR ES', "Cuidados Paliativos Perinatales UC- Christus. Primer informe de 18 meses de desarrollo". Disponible en <http://xn--acompaar-es-6db.cl/wp/wp-content/uploads/2014/08/acompa%C3%B1ar-es-1.pdf>. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, "Aborto y Justificación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 2, Santiago, 2012, pp. 325-369. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n2/art06.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.