

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA DEL NASCITURUS Y LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO COMO POLÍTICA PÚBLICA.

*CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE
UNBORN AND ABORTION
AS PUBLIC POLICY.*

autora
Carla Andrea Robledo Malhue.¹

RESUMEN

Cada cierto tiempo en nuestro país resurge la discusión sobre la posibilidad de consagrar legalmente el aborto, principalmente, en su variable terapéutica. Los proyectos actuales que se encuentran en el Congreso, y el que enviará el ejecutivo antes de terminar el presente año, pretenden despenalizar el aborto en tres situaciones: violación, inviabilidad del feto y riesgo de vida de la madre, por lo que corresponde revisar cómo la despenalización propuesta se conjuga con el mandato constitucional al legislador de proteger la vida del que está por nacer.

PALABRAS CLAVE: Nasciturus, Despenalización del Aborto, Interrupción del Embarazo.

ABSTRACT

From time to time in our country resurges discussion about the possibility of legally incorporate abortion, mainly in its therapeutic variable. Current projects that are in Congress, and the one will send the executive before the end of this year, aim to decriminalize abortion in three situations: rape, non-viability of the fetus and risk of life of the mother, therefore correspond to analyze how this decriminalization proposal matches with constitutional mandate to protect life of the unborn.

KEYWORDS: Nasciturus, Abortion Decriminalization.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la mayoría de los autores nacionales están de acuerdo en que hay vida humana desde la concepción, pues en ese instante se conforma un individuo distinto de sus progenitores, que corresponde a la especie humana y que tiene todas las potencialidades de tal.

Sin embargo, no existe tal consenso a la hora de reconocer si ese individuo – el concebido no nacido o *nasciturus* – es o no titular de derechos, en especial del derecho a la vida, y en el caso de que no lo sea, tampoco hay acuerdo sobre cuál es el estándar de protección de su vida, en relación con los derechos de la mujer embarazada, en especial su derecho a la vida, salud y autonomía.

En lo referente al reconocimiento de personalidad, el debate académico ha derivado en dos posturas claramente diferenciadas: quienes estiman que el *nasciturus* no es persona, y por ende no puede ser titular del derecho a la vida, concluyendo entonces que la protección que se pueda predicar a su respecto debe ceder frente a la autonomía, vida o salud de la mujer embarazada;² y quienes estiman que se es persona desde el momento de la concepción, y desde ese instante, titular de los derechos garantizados por la Constitución Política, particularmente del derecho a la vida.³

En este mismo punto, el discurso político estatal ha sido variable y ha dependido de la posición moral del gobierno de turno, lo que no deja de ser perturbador, ya que lo que está en juego es la posibilidad de ser reconocidos como sujetos y no como objetos de derecho. Específicamente, en el primer gobierno de Michelle Bachelet, en el

cual se discutió respecto a la constitucionalidad de algunas disposiciones del Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud (2007), determinando la distribución y el uso de la *píldora del día después*, la Presidenta expresó que en relación al derecho a la vida, el artículo 19, N° 1° de la Ley Fundamental, otorga una protección diferenciada en el inciso primero y en el inciso segundo. Mientras el inciso primero reconoce un derecho subjetivo a la vida a las personas nacidas, el inciso segundo establece como deber del legislador el de protección de la vida del que está por nacer.⁴ Con dicha declaración, queda en evidencia que para la Presidenta de la República el *nasciturus* no es persona, lo que justificaría la actual iniciativa de despenalización del aborto en tres situaciones: riesgo para la vida de la madre, violación e inviabilidad fetal.

Ahora bien, dejando de lado por un momento la discusión sobre la personalidad del concebido, lo cierto es que al menos podemos reconocer que tanto la vida del *nasciturus* como la de la mujer embarazada son vidas humanas, y como tales, deben ser reconocidas y protegidas por nuestro ordenamiento jurídico, no pudiendo establecerse *a priori* diferencias en pos de una u otra.

2.- Así se indica, por ejemplo, en los trabajos de FIGUEROA (2007), RUIZ y ZUÑIGA (2012), BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2001), MAYER (2011).

3.- Al respecto, véanse los trabajos de VIVANCO (2001, 2002, 2008 y 2010); NUÑEZ (2010); TÓRTORA (2005), UGARTE (2006), ZAPATA (1988); UGARTE (2006), CORRAL (2005, 2007), entre otros.

4.- Tribunal Constitucional, sentencia Rol 740-2008.

Consecuentemente, precisaremos, en primer lugar, si el *nasciturus* puede ser considerado persona y, por ende, titular de derechos; en segundo lugar, si el aborto puede ser considerado como un derecho de la mujer embarazada y, por último, analizaremos las situaciones de despenalización que plantea el ejecutivo, a fin de determinar si respetan o no el mandato constitucional de proteger la vida del no nacido.

A. EL EMBRIÓN HUMANO COMO PERSONA Y TITULAR DE DERECHOS

El debate doctrinario y político sobre la personalidad del embrión se ha sustentado, desde hace más de 20 años, en la interpretación que se otorga al inciso segundo del artículo 19 N°1 de la Constitución, que expresa que *la ley protege la vida del que está por nacer*.

Quienes afirman que el concebido no es persona, indican que si lo fuera el inciso citado carecería de sentido, ya que es el inciso primero del citado numeral el que reconoce *el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*. La postura contraria afirma que el inciso segundo señalado es sólo una precisión o un refuerzo, en orden a establecer un mandato al legislador o la

reserva legal del estatuto de protección al que está por nacer.

Si bien son numerosas las veces en que nuestra Constitución utiliza el vocablo persona, sobre todo en el artículo 19 (*La Constitución asegura a todas las personas*), tanto en su encabezado como en varios de sus numerales (N° 3 inciso 2, N° 7 letra a, N° 9 inciso 5, entre otros), la Carta Fundamental no define el concepto, por lo que usualmente se ha recurrido al Código Civil, extrapolando sus definiciones al ámbito del Derecho Público.

En este punto, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil, que define a la persona natural, podemos indicar que *son personas los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición*. Dicha definición permite, indiscutiblemente, incluir al concebido no nacido, puesto que se trata de un individuo de la especie humana, ya que proviene de gametos humanos, y a la vez es un ser distinto de sus progenitores, con un genotipo propio y único.⁵

Además, teniendo en cuenta los avances de la ciencia, podemos afirmar que desde el principio de la vida humana existe un proceso continuo y sin interrupción, que ni siquiera termina en el nacimiento. Desde la unión de los dos gametos—óvulo y espermatozoide— hay vida humana como un

5.- Los principales resultados de la fecundación son: (i) Reestablecimiento del número diploide de cromosomas. La mitad procedente del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente a la de ambos progenitores. (ii) Determinación del sexo del nuevo individuo. Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que contenga Y originará un embrión masculino (XY). En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación. (iii) Inicio de la segmentación. En la medida que las cromátidas hermanas se desplazan hacia polos opuestos, va apareciendo un profundo surco en la superficie de la célula que gradualmente divide al citoplasma en dos partes. Si no se produce la fecundación el ovocito suele degenerar en 24 horas después de la ovulación (SADLER, LANGMAN, 2010; p. 39).

proceso.⁶ Este ser humano tiene ya, por tanto, con todos los derechos fundamentales de la persona.⁷

Sin embargo, quienes postulan la inexistencia de personalidad del *nasciturus* utilizan la disposición del artículo 74 del mismo cuerpo legal, que expresa que la *existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre*, para afirmar que *no queda duda que antes de nacer, el ser humano no es ni ha sido persona para efectos legales*⁸ o que *para nuestro ordenamiento jurídico, persona es el ser humano nacido*,⁹ lo que traería aparejado el hecho de que no pueda ser considerado como sujeto de derechos.

Pero ello no es así.¹⁰

Como es posible apreciar, la norma se refiere a la *existencia legal* de la persona, haciendo referencia solamente al inicio de los derechos civiles y su ejercicio, pero no al punto de partida de los derechos esenciales, puesto que estos no comienzan sino con la existencia misma, ya que son inherentes a las personas y anteriores a la ley, por lo que se tienen desde que se es ser humano y por el solo hecho de serlo, por ende, desde la concepción.¹¹

Lo anterior ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, en autos Rol 740-2008, al señalar que *la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción*.¹²

De hecho, el legislador protege al embrión desde antes de su nacimiento, como deja en evidencia la disposición del artículo 75 del citado Código, que expresa: *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 peligr*.

Este mandato al legislador es coherente y armónico con lo planteado por la Constitución en el numeral primero del artículo 19.

Como indica Vivanco, citando a Rhonheimer, *una coherente argumentación a favor de la defensa legal del no nacido depende de su reconocimiento*

6.- El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto. Ibid. p. 39.

7.- CÓMEZ (1996) pp. 92 y 93

8.- FIGUEROA (2007) p.96

9.- MAYER (2011) p. 64

10.- Una interpretación sistemática y actualizada del Código Civil, hecha ahora en la perspectiva del concepto institucional de persona, que es el recogido por nuestro texto constitucional y por la cultura jurídica nacional, no puede sino admitir que, en nuestro Código Civil, el *nasciturus* es considerado un ser humano y, por ende, una persona con derecho a la vida. Esta lectura actual de las viejas normas es facilitada por un precepto ordinariamente descuidado por nuestra dogmática. Se trata del artículo 55, en el que Bello introdujo una norma muy vanguardista, no sólo para su época sino incluso para la nuestra: "Son personas todos los individuos de la especie humana". CORRAL (2005) p.42

11.- DONOSO (1996) p. 231

12.- Considerando 4º, sentencia autos Rol 740-2008.

como persona humana y, por tanto, dotado de un correspondiente derecho a la vida.¹³ Así las cosas, el presupuesto fundamental para un adecuada defensa del derecho a la vida en un Estado constitucional, es el reconocimiento del hecho de que el no nacido, tanto en estado embrional como fetal – y en forma análoga el disminuido físico o mental, así como la persona en coma irreversible – sea considerado ante la ley como persona, como cualquier otro humano vivo ya nacido.¹⁴

Creemos que esta es la postura que ha sido sustentada por el Constituyente de 1980.¹⁵ Más aún, la historia fidedigna de la reforma constitucional de la Ley 19.611, de 16 de junio de 1999, la que sustituyó en el artículo primero inciso primero la palabra *hombres* por *personas*,¹⁶ confirma lo anterior.

En este orden de ideas, corresponde precisar que el mandato al legislador para la protección de la vida del que está por nacer, incluido en el inciso segundo del numeral primero del artículo 19 de la Carta Fundamental, no estuvo ajena a las discusiones, pues se consideraba como suficiente que al asegurar el *derecho a la vida* (que encabeza el citado artículo) se subentendía la extensión de la protección de la vida humana desde su inicio hasta su fin.¹⁷ Sin embargo, la inclusión del citado inciso tuvo por finalidad reforzar la protección del

que está por nacer, mandando al legislador para proteger la vida del concebido, lo que bajo ningún supuesto podría entenderse como una exclusión del derecho a la vida que la Constitución asegura a todas las personas o como la posibilidad para que el legislador decida cuándo proteger al *nasciturus* y cuándo no.

De hecho, coincidimos con Núñez Leiva respecto a que la remisión a la ley no es otra cosa que una reserva legal, en virtud de la cual cualquier norma que proteja o comprometa la protección de la vida del que está por nacer debe emanar de la potestad legislativa y no de otra fuente formal del Derecho.¹⁸

Así las cosas, en el caso chileno es posible afirmar que *el concepto constitucional de persona presenta una amplitud tal que incluye al nasciturus*.¹⁹ Quitarle al que está por nacer su calidad de persona sería equivocar totalmente el sentido del artículo 19, cuyo objetivo es reconocer derechos fundamentales, principalmente aquellos emanados de la naturaleza humana. Si el embrión no fuera persona, el inciso segundo no estaría ubicado en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental.²⁰

Evidencia de este reconocimiento se encuentra en la Ley n° 20.120 sobre investigación científica en el ser humano, su genoma, que prohíbe la clonación

13.- Citado en VIVANCO (2001) p. 478

14.- Ibid.

15.- El derecho a la vida y la protección constitucional del que está por nacer fueron tratados en las sesiones 87, 89 y 90 de la Comisión constituyente. Las sesiones se encuentran disponibles en versión online en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r

16.- Véase FERNÁNDEZ (2000) pp. 77-91

17.- Actas de la Comisión constituyente, Sesión n° 90, 25 de noviembre de 1974, p. 19

18.- NUÑEZ (2010) p. 81

19.- Ibid. p. 79.

20.- FUENZALIDA (1998) p. 836.

humana, publicada en el año 2006, cuyo artículo primero expresa: *esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas.*

A mayor abundamiento, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana de Derechos Humanos, se reconoce que *persona es todo ser humano*²¹ y que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*, lo que nos permite concluir que el nasciturus puede y debe ser considerado persona, y consecuentemente, titular del derecho a la vida, lo que implica el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella.

Esto incluye, por cierto, el derecho para el desarrollo completo intrauterino y la posibilidad de llegar a la conclusión natural de este proceso, i.e. el nacimiento, ya que al considerar persona al *nasciturus* se le reconoce el derecho a su preservación ante cualquier tipo de menoscabo o detrimento arbitrario, debiendo ser considerado como un paciente distinto de la mujer embarazada, con la finalidad de que pueda acceder a una atención médica que pretenda preservar su vida y salud, sin manipularlo como objeto,²² pues ello negaría su calidad de persona y titular del derecho a la vida.

B. EL ABORTO COMO UN DERECHO DERIVADO DE LA AUTONOMÍA DE LA MUJER

El término aborto, etimológicamente, proviene del latín *ab*, que significa privativo, y de *ortus*, nacimiento. Luego el aborto es privar del nacimiento o no nacer.²³

En términos generales, aborto es toda situación que importe la interrupción del embarazo antes del estado de viabilidad fetal, ya sea que se produzca por medios artificiales o naturales, con resultado de muerte del concebido.

En este contexto, el aborto puede ser espontáneo o provocado. Para los efectos del análisis del aborto como derecho derivado de la autonomía de la madre, sólo nos referiremos al aborto provocado, toda vez que el aborto espontáneo se produce por causas ajenas a la voluntad de la mujer embarazada o a la acción de un tercero.

21.- Convención Americana de Derechos Humanos (o "Pacto de San José de Costa Rica"), artículo 1 n° 2.

22.- Ibid. p. 838

23.- SILVA (1991) p. 140; ROMO (1992) p. 141. Nuestra jurisprudencia también ha dado una definición de aborto, la que comprende 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.

Al respecto, para poder analizar el aborto como derecho, lo primero que debemos considerar es qué entendemos por derecho, y en términos muy sencillos, desde un punto de vista subjetivo, es una facultad, cuyas características más importantes son: la capacidad de ser exigida al resto de las personas y, por otra parte, que las demás personas tienen el deber de respetar el ejercicio de tal prerrogativa.

En este sentido, se ha fundamentado que el derecho al aborto deriva de la autonomía de la mujer, en virtud de la doctrina del derecho a la privacidad o *right to privacy*, iniciada en 1890 por Samuel Warren y Louis Brandeis, referida a un derecho a la soledad o a ser dejado en paz (*to be let alone*) y que, en la práctica, se ha entendido como la *garantía de la persona y su familia frente a intromisiones ilegítimas*.²⁴

En esta materia, la precursora fue la Corte Suprema norteamericana, primero en 1965 en el caso *Griswold vs. Connecticut*; en 1972, en *Eisenstadt vs. Baird*; y luego en 1973, cuando se reconoció al

aborto como manifestación del derecho constitucional a la privacidad, en el conocido fallo *Roe vs. Wade*.²⁵

Por su parte, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el tema del aborto, la primera vez el 25 de febrero de 1975, la segunda el 28 de mayo de 1993. En ambos fallos la discusión se centró en si la ley podía permitir el aborto consentido; a la inversa de lo ocurrido en *Roe*, donde la cuestión era determinar cuándo éste se podía prohibir por la existencia de un interés apremiante del Estado.²⁶ Específicamente, con la modificación del Código Penal en 1976, se estableció como causal de justificación el aborto consentido, practicado por un médico, de ser necesario, para evitar un peligro para la vida o un peligro grave para la salud corporal o mental de la mujer.²⁷ Sin embargo, dentro del Tratado de Unificación se incluyó un artículo que establecía la obligación de adoptar una legislación común que garantizara la protección de la vida prenatal y superación de las situaciones de conflicto de

24.- ZUÑIGA, F. (1997) p. 289

25.- CORRAL (2000) p. 332

26.- La sentencia de 1975 se dictó dentro del procedimiento de control preventivo de constitucionalidad recaído sobre la Quinta Ley de Reforma del Derecho Penal, la cual eximía de pena a los que cometieran el delito de aborto cuando éste era practicado con el consentimiento de la mujer por un médico antes de las doce semanas de gestación; pasado este plazo el aborto podía realizarse por indicación terapéutica o embriopática. Para el Tribunal Constitucional la existencia de un ser humano se inicia al decimocuarto día desde la concepción, por lo que desde ese momento se protegería su vida. Sin embargo, el Tribunal no se pronuncia sobre si el embrión es titular del derecho a la vida, pues se apoya en la consideración de que la vida del nasciturus es un bien jurídico de carácter constitucional. Por otro lado, el fallo reconoce que el embarazo es parte del derecho de la mujer a la autonomía, no obstante niega que este derecho haga ilegítima la acción del Estado en favor del feto. Por tanto, el aborto debe ser declarado antijurídico, lo que no significa que exista un deber de punición absoluto del aborto, ya que la intervención del Derecho Penal dependerá del examen que realice el legislador. Al respecto, véase BASCUÑÁN RODRIGUEZ (2001) pp. 209-247

27.- BASCUÑÁN RODRIGUEZ (2001) p. 228

mujeres embarazadas. Fruto de lo anterior, se aprobó la Ley de Asistencia de la Familia y a la Mujer Embarazada, la que estableció como causa de justificación del aborto consentido un sistema de plazos hasta las doce primeras semanas, con consejo forzoso,²⁸ estableciendo el deber de la mujer de sobrellevar el embarazo y que el aborto no fuera declarado permitido o justificado, pudiendo la ley, como máximo, excluirlo del tipo penal.²⁹ El Tribunal concluye que el consejo efectivo requiere eliminar algunas de las consecuencias antijurídicas del aborto, como la posibilidad de una legítima defensa del feto, que el contrato de prestación de servicios médicos será válido, que debe garantizarse el secreto médico y proveerse a la mujer la asistencia legal mínima; esto porque el legislador no está obligado a materializar todas las consecuencias que se derivan del carácter antijurídico del aborto.³⁰

En el ordenamiento español el fallo fundamental en esta materia fue el del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (STC 53/1985), que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal, el cual despenalizaba el aborto en tres casos: grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre; embarazo producto de una violación; presunción de graves defectos físicos y psíquicos tras el nacimiento del feto. En este fallo³¹ se analiza el aborto a la luz del derecho a la vida garantizado por el constituyente en el artículo 15 de la Carta Fundamental de 1978: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*, artículo redactado en términos amplios, lo que se prestaba especialmente para la

discusión de su extensión. El considerando tercero de la sentencia señala: *Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.* Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos *que le son inherentes*. En su fundamento quinto efectúa ciertas precisiones sobre la noción de vida: sostiene que la vida humana es un devenir,³² que la gestación crea un tertium distinto de la madre, que dentro de los cambios en el desarrollo del proceso vital el nacimiento tiene particular importancia y que previo a éste es especialmente trascendente el momento en que el nasciturus es susceptible de vida independiente de la madre. Esencial en este razonamiento viene

28.- Ibid. p. 230

29.- Ibid. pp. 232-233

30.- Ibid. p. 233

31.- Véase. CARRASCO (1997) pp. 101-113

32.- Fundamento jurídico quinto: Que la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica...

a ser su séptimo fundamento, que afirma que *la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido por la Constitución, de lo cual se deriva para el Estado la obligación de no obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema efectivo de defensa de la vida...*

De acuerdo a los razonamientos anteriores, los eventuales derechos del no nacido parecieran ir fortaleciéndose en la medida que transcurren los meses de gestación. Lo mismo sucede con el interés público o la necesidad estatal de conservar la vida del no nacido. A la inversa, los derechos de la mujer a la autonomía corporal, privacidad, etc., primarían con mayor facilidad en los primeros meses del embarazo.

De lo expuesto, es posible apreciar que el reconocimiento del aborto como derecho, en Estados Unidos, principalmente deriva de la disociación absoluta entre el concepto de persona y el de ser humano.

Por su parte, en Alemania y España, si bien se reconoce el deber del Estado de proteger la vida del nasciturus, se ha resuelto la materia en base a posturas conflictivistas que terminan jerarquizando la vida del concebido y la autonomía de la mujer embarazada, con la consecuente elección de uno por sobre otro.

En la práctica, en el plano temporal y conforme indica Vivanco, la resolución de situaciones de conflictos de derechos no pasa por declarar la prevalencia de unos derechos por sobre otros, sino por analizar la esencia de los derechos para determinar si existe una verdadera invasión de uno en la esfera de otro, o si más bien se trata de una desmedida pretensión jurídica en el ejercicio de un derecho concreto,³³ lo que en el caso del

aborto implica que al protegerse la vida del embrión humano no se ha optado por un derecho en desmedro de otro, sino que el ejercicio de la autonomía de la mujer embarazada no incluye o no alcanza al daño a la vida de otro.³⁴

De esta forma, ha sido la desvinculación entre las nociones de persona y vida humana lo que ha permitido justificar una desprotección jurídica de la vida de ciertos seres humanos. En efecto, las sentencias indicadas, y en general las de los tribunales que han debido juzgar la constitucionalidad de la privación de la vida del concebido no nacido, han actuado previa negación de que el feto, incluso en los grados más avanzados de su desarrollo, posea el status de persona constitucionalmente protegida.³⁵

Producto de lo anterior, en el ordenamiento jurídico chileno no sería posible hablar de un derecho al aborto, y menos de que ese derecho derive de la autonomía de la mujer, ya que aceptar aquello implicaría, en primer lugar, desconocer que el *nasciturus* es un ser humano, y como tal, persona y titular del derecho a la vida; y por otro lado, reconocer que los derechos tienen jerarquía y que la autonomía es superior al derecho a la vida, lo que resulta indefendible a la luz de nuestra Carta Fundamental.

Ahora bien, aun cuando no se considerara al nasciturus como sujeto de derechos, lo cierto es que existe un mandato constitucional expreso dirigido

33.- VIVANCO (2008) p. 549

34.- Ibid. p. 569

35.- CORRAL (2005) p 40

al legislador en orden a proteger la vida del que está por nacer, por lo que tampoco sería posible establecer una supremacía absoluta de la autonomía (reproductiva) de la mujer por sobre la vida del concebido, pues, de establecerse dicha supremacía absoluta, no se estaría dando cumplimiento a ese mandato constitucional que vincula al legislador y que le ordena proteger la vida del *nasciturus*.³⁶ En este sentido, pretender que el aborto sea un derecho derivado única y exclusivamente de la autonomía o de la autonomía reproductiva de la mujer contraviene la Constitución.

Por último, hay una serie de situaciones que deben atenderse:

- a) El aborto provocado es un atentado contra una vida humana.
- b) Cuando estamos ante un embarazo, desde el punto de vista médico, no estamos ante un paciente, sino que ante dos; por lo tanto, existe doble obligación y no una unilateral con la embarazada.
- c) La Constitución Política chilena no admite jerarquía entre derechos fundamentales, lo que significa que la regulación que el legislador haga de estos debe considerar, necesariamente, la esencia de los mismos, con la finalidad de no afectarlos. La referencia a la autonomía de la madre para justificar un aborto constituye una jerarquización desfavorable del derecho a la vida del *nasciturus* y una vulneración esencial a su derecho a la vida.³⁷

C. LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO COMO POLÍTICA PÚBLICA

El artículo único de la Ley n° 18.826 de 15 de septiembre de 1989 reemplazó el artículo 1.190 del Código Sanitario chileno, que permitía la realización de los llamados abortos terapéuticos, por una norma que expresa: *No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.*

La realidad es que mientras dicha norma estuvo vigente, su práctica fue muy alejada de su objetivo de protección de la vida de la madre, pues se lo usó normalmente con fines eugenésicos. Así, se consideró que la existencia de la norma permitía la realización encubierta de otros fines diversos a su inicial intención y fue derogada, sustentado la decisión en la protección expresa que la Constitución hace de la vida humana.³⁸

Ahora bien, el delito de aborto se encuentra regulado en los artículos 342 a 345 del Código Penal, distinguiendo según el sujeto que realiza la conducta. El tipo general se encuentra en el artículo 342 que indica: El que maliciosamente causare un aborto(....)Lo anterior, permite concluir que lo que se castiga penalmente es la acción de matar al embrión o feto, es decir, la acción típica está constituida por interrumpir un proceso fisiológico –no patológico– de gestación, resultando indiferente que la destrucción se produzca dentro o fuera del vientre materno.³⁹

36.- MAYER (2011) p. 75

37.- Cfr. VIVANCO (2010)

38.- VIVANCO (2001) p. 479

39.- HORVITZ y SOTO (2007) p.92

Según cifras del Ministerio de Salud, durante el 2013 se registraron 17.434 casos de mujeres que interrumpieron su embarazo por diversos motivos, de los cuales más del 60% corresponde a abortos espontáneos. Las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público en relación al delito de aborto, no superan las 500 y las condenas, entre los años 2010 y 2013, no exceden las 20. Las cifras señaladas no son menores a la hora de evaluar la pertinencia de despenalización de algunas situaciones de aborto provocado.

En relación a estas situaciones, los proyectos que se encuentran en tramitación, incluido el que enviará el ejecutivo este año, proponen la despenalización del aborto en tres circunstancias: riesgo de vida de la madre, inviabilidad fetal extrauterina y violación. Desde ya, podemos señalar que se trata de 3 situaciones excepcionales, que se fundan en razones absolutamente diferentes entre ellas y que nos llevan a cuestionar si corresponde que una política pública que tiene por directa finalidad afectar el derecho a la vida del concebido, se funde en situaciones excepcionales tan diversas entre sí.

Analicemos cada uno de estos casos:

C.1 El riesgo a la vida de la madre.

La figura detrás de esta causal es el llamado aborto *terapéutico*,⁴⁰ en el cual se busca dar muerte al feto durante el embarazo sobre la base de la protección de la vida o salud de la mujer embarazada que se ve en peligro como consecuencia del embarazo. En estricto rigor, se trataría de dos situaciones distintas: por una parte, el riesgo vital de la mujer embarazada y otra, más amplia, que considera el riesgo a la salud de la gestante.

Conviene aclarar, entonces, que en la actualidad la aplicación de terapias a la mujer embarazada con la finalidad de salvar su vida, aun cuando deriven en la muerte del feto, son conductas carentes de tipicidad por ausencia de dolo. Asimismo, se podría calificar—desde el análisis de la antijuridicidad de la conducta— como una conducta justificada por la causal de obrar en cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de una profesión.⁴¹

De esta forma, es lícita cualquier intervención curativa sobre el cuerpo de la madre que se juzgue inaplazable y eficaz, aunque conlleve, como consecuencia, la muerte del feto. Es decir, ante situaciones de alto riesgo para la vida de la mujer embarazada, el médico debe aplicar las medidas que la *lex artis* indica, entre las que se encuentra la interrupción del embarazo, como última *ratio*,⁴² sin que dicha situación pueda ser objeto de sanción penal.

En efecto, esta conducta no configura el ilícito del aborto provocado que es sancionado por la ley penal, toda vez que la muerte del feto es un efecto indirecto de la terapia utilizada, carente del dolo o intención que requiere el tipo penal.

40.- Sobre la ambigüedad del término, véase, VIVANCO (2010), disponible en <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica18/AbortoTerapeutico.html>.

41.- Al respecto, véase OSSANDÓN (2011) pp. 103-136

42.- Cfr. VIVANCO (2010)

Tampoco se la estima como éticamente reprochable: *se considera lícito—moralmente lícito—realizar todos los actos que tiendan a asegurar la vida de la madre, admitiendo ya en este caso, desde el punto de vista moral, que indirectamente, como efecto secundario no deseado, se cause la interrupción del embarazo (principio del doble efecto).*⁴³

Por ello, no es correcto hablar de aborto terapéutico, ni tampoco señalar que las acciones destinadas a salvar la vida de la madre—cuando esta está en riesgo— sean punibles. Tampoco se trata de una situación en la que se *opte* por la vida de la madre, ya que la aplicación de las terapias a la madre, por parte del médico no tiene otra alternativa, pues de no hacerlo, la consecuencia natural será la muerte de ambos, mujer y feto.

Sobre este punto, no está demás mencionar que Chile ostenta la segunda tasa de mortalidad materna más baja de toda América (18,5 casos por cada 100 mil nacidos vivos el año 2011), siendo solo superado por Canadá. Dentro de las muertes asociadas al embarazo registradas en el quinquenio 2007-2011 por el INE, el aborto representa apenas un 0,05% del total (11 casos de 220 muertes). El resto se debe principalmente a enfermedades crónicas de la madre y a hipertensión inducida por el embarazo, por lo tanto el foco debiera ponerse en el seguimiento y atención integral y oportuna de los embarazos de alto riesgo.⁴⁴

Conforme a lo expuesto, carece de todo sentido establecer como causal de despenalización el riesgo para la vida de la mujer embarazada, toda vez que ello actualmente no sólo es aceptado, sino que así se ejecuta en la práctica, proporcionando a la mujer embarazada todas las prestaciones médicas que se requieran para el resguardo de su vida, y en si una situación de riesgo vital deriva en la in-

terrupción del embarazo y la muerte del feto, no se configura un aborto provocado desde el punto de vista jurídico, ni implica una modificación del estatuto penal chileno que prohíbe el aborto en todas sus formas.⁴⁵

En este caso, salvar la vida de la madre es la única opción posible, ya que no realizar los tratamientos médicos respectivos, implicaría la muerte tanto de la mujer embarazada como del ser humano en gestación.

C.2 Inviabilidad extrauterina

En este caso, el hecho que habilitaría a la mujer a abortar no sería el riesgo de su vida, sino la viabilidad del feto, es decir, la baja posibilidad de la supervivencia extrauterina del feto producto de una patología, por lo cual, a pesar de que el embarazo pueda naturalmente llegar a término, se considera que no tendría sentido, pues el concebido morirá tarde o temprano.

Analizado así, lo cierto es que esta situación no es otra cosa que un aborto eugenésico,⁴⁶ en el cual se busca la eliminación del concebido antes de que alcance a desarrollar vida independiente,

43.- ROMEO (1994) p. 193

44.- Las cifras fueron expuestas por el Dr. José Gazmuri, investigador del Instituto Res Pública y expuestas en <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/05/27/22183/Cifras-sobre-aborto-terapeutico.aspx>. Consultado el 10 de octubre de 2014.

45.- Cfr. VIVANCO (2010)

46.- El término eugenesia deriva del griego y significa “buena raza” o “buen linaje”.

atendiendo a la calidad del ser humano que está por nacer, utilizando el criterio temporal para justificar su muerte temprana provocada.

Desde nuestro punto de vista, la circunstancia de una grave patología o malformación en el concebido que –eventualmente– impida su vida fuera del útero, implica establecer condiciones particulares al ejercicio del derecho a la vida del *nasciturus*, lo que es manifiestamente inconstitucional.

Ahora bien, si la patología o malformación del concebido pone en riesgo la vida de la madre, ya no estaremos frente a esta causal, sino que en la situación analizada en el punto anterior (C.1), que autorizaría al médico a interrumpir el embarazo, conforme a las reglas de la *lex artis* de la profesión. En concreto, legitimar el aborto eugenésico plantea serios problemas respecto al establecimiento de condiciones o requisitos para ser considerado persona y titular de derechos y, por otro lado, conlleva importantes consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad civil en contra de los profesionales de la salud ante posibles errores en un diagnóstico prenatal o eventuales omisiones del ofrecimiento del aborto ante una patología del concebido, que hubiese impedido a los padres la posibilidad de abortar si el niño presentó al nacer graves deficiencias o malformaciones.⁴⁷

C.3 Violación

Este es el caso más complejo, desde el punto de vista moral. De hecho, corresponde a la definición de *aborto ético*, pues no está en juego la vida de la mujer embarazada ni la vida del concebido, sino que la razón de fondo es que, por ser el embarazo resultado de una agresión sexual, se afirma que el Estado no puede ni debe obligar a la mujer embarazada a continuar con un embarazo que no ha sido deseado, sino más bien forzado.⁴⁸

Al respecto, corresponde señalar que, precisamente, esta fue una de las razones que se invocaron –y que se mantienen en la actualidad– para establecer en el año 2007 una política de salud pública que incluía la distribución de la píldora del día después en los consultorios y hospitales del país, consejería y educación sexual para reducir situaciones de embarazos no deseado, por lo que previo a establecer la causal de despenalización debiera investigarse la efectividad de las medidas anteriormente señaladas, desarrollar programas de protección y atención integral a las víctimas de violación que incluyan tanto a la madre como a su hijo o hija en gestación, elevar las penas por el delito de violación, etc.

En este sentido, estimamos que el aborto no es la solución para este tipo de casos, pues impone un nuevo padecimiento en la mujer, como es determinar la muerte del individuo en gestación, y la expone a una intervención quirúrgica injustificada, incrementando su riesgo de mortalidad y morbilidad.

47.- ROMEO (1994) p. 12

48.- Oponerse a la impunidad del aborto consentido cuando el *nasciturus* es producto de una violación u otra actuación coercitiva contraria a la libertad sexual de la mujer que sea causalmente idónea para la reproducción implica constreñir a la mujer embarazada a soportar un embarazo en cuyo origen no ha tenido responsabilidad alguna, obligándola a tolerarlo como simple “medio” para la obtención de un “fin”. MAYER (2011) p. 75 (2011) pp. 103-136

Ahora bien, si el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer embarazada, estaremos nuevamente ante la situación analizada en C.1, en la que, como señalamos, es lícito para el médico interrumpir el embarazo siempre que no exista otra medida para salvar la vida de la mujer.

Por otro lado, analizada la situación desde la perspectiva de un conflicto de derechos entre la autonomía de la mujer y la vida del *nasciturus*, la solución vendría dada por el criterio de proporcionalidad, que determina que las limitaciones que impone el legislador a los derechos fundamentales no pueden afectarlos en su esencia. En este caso, la autonomía de la mujer se encontraría limitada al no poder ejercer un derecho a abortar, pero esta limitación no elimina ni afecta en su esencia su libertad ni su autonomía. Sin embargo, despenalizar el aborto en esta situación priva de manera absoluta al *nasciturus* de su derecho a la vida, lo que ciertamente es una afectación a la esencia de este derecho.

Las leyes que han despenalizado el aborto suelen empezar por admitir el aborto en casos excepcionales, similares a lo que se pretende hoy en nuestro país, esto es, el llamado aborto terapéutico, la inviabilidad fetal y cuando el embarazo es debido a un acto criminal: violación o incesto. Sin embargo, en la práctica, a partir de esos motivos, se abre el camino para ir añadiendo otras razones hasta acabar en el aborto sin causal, por la sola voluntad de la mujer embarazada, provocando la muerte del feto sin que nadie responda por el mismo.⁴⁹

En síntesis, la despenalización del aborto como política pública es inconstitucional, pues atenta directamente en contra del derecho a la vida del *nasciturus* y cualquier acción en la materia debe partir por reconocer el derecho a la vida del *nas-*

citurus, por lo cual, previo a establecer eventuales causales, se debería reforzar la educación sexual preventiva no solo a nivel escolar, sino también involucrar a toda la sociedad civil, la asistencia sanitaria y social a la mujer embarazada, y de establecerse éstas, considerar consejería previa para la toma de una decisión informada y consciente, la destinación de recursos y equipos especializados, la regulación de la objeción de conciencia del profesional de salud, entre otras cosas.

49.- Ibid.

CONCLUSIONES

A través de la exposición de los temas mencionados, es posible concluir lo siguiente:

1. El nasciturus es persona humana desde la concepción y, en consecuencia, goza del derecho a la vida a partir de dicho momento.
2. El aborto no puede ser considerado como un derecho, y menos que ese derecho derive de la autonomía de la mujer, ya que aceptar aquello implicaría, por una parte, desconocer la humanidad del nasciturus y, por lo tanto, su calidad de persona y titular del derecho a la vida; y por otro lado, reconocer que los derechos fundamentales tienen jerarquía y que la autonomía es superior al derecho a la vida, lo que resulta indefendible a la luz de nuestra Carta Fundamental.
3. El aborto provocado no puede confundirse con la situación de interrupción del embarazo como última ratio, en aquellos casos en los cuales está en riesgo la vida de la madre, pues aun cuando cause como efecto secundario e inevitable la muerte del feto, la conducta no será punible.
4. La causal de inviabilidad extrauterina corresponde, en rigor, a un aborto eugenésico, estableciendo condiciones adicionales para el ejercicio del derecho a la vida como lo sería la calidad de la vida o el tiempo que se va a vivir, lo que es claramente inconstitucional.
5. La causal de violación es la respuesta inadecuada a un problema social que requiere refuerzos en la sociedad civil, la atención y asistencia de la víctima de violación, el acceso oportuno a atención médica, a los métodos contraceptivos de emergencia, y si el embarazo ha ocurrido, no resulta lícito imponer a la mujer embarazada la decisión de dar muerte

al concebido ni exponerla al riesgo de una intervención quirúrgica evitable.

6. Una política de salud pública que pretenda limitar el derecho a la vida no puede sustentarse simplemente en la despenalización del delito de aborto o en el establecimiento de excepciones a su penalidad, debiendo considerar el mandato expreso de protección a la vida del que está por nacer y que la legislación no puede afectar la esencia de los derechos asegurados por la Constitución Política, como lo es el derecho a la vida del nasciturus.

BIBLIOGRAFÍA

BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio (2001): “Límites a la prohibición y a la autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado” *Revista de Derecho Público*, (Nº63) pp. 209-247

CORRAL, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación” en *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 27 N°2) pp. 331-355

_____ (2005): “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida” en *Ius et Praxis*, (Vol.11, N°1) pp. 37 - 53

_____ (2007): *Derecho Civil y persona humana* (Santiago, Lexis Nexis,) 254 p.

FIGUEROA, Rodolfo (2007): “Concepto de persona, titularidad del Derecho a la Vida y Aborto” en *Revista de Derecho*, (Vol. 20, N° 2): pp. 95-130

_____ (2010): “Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008” en *Anuario de Derecho Público*, (N°1) pp. 144-162

FERNÁNDEZ, MIGUEL Á. (2001): “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer”, en *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, pp. 77-91

FUENZALIDA, Carmen Gloria (1998): “Protección jurídica del embrión en la legislación chilena” en *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 25, nº4). 827-850

DONOSO L., Crescente (1996): “El derecho positivo frente a las nuevas posibilidades de reproducción humana” en *Problemas Contemporáneos en Bioética* (Santiago, Ediciones Universidad católica).

GÓMEZ, Rafael (1980): *Problemas Morales de la Existencia Humana* (Madrid, Editorial Magisterio Español S.A., 3ª edición) 231 p.

HORVITZ, María Inés y **SOTO**, Miguel (2007): “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado por el foro del ministerio de justicia” en *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº 9) pp. 75-120

MAYER, Laura (2011): “La vida del que está por nacer como objeto de protección legal” en *Revista de Derechos Fundamentales*, (Nº5) pp. 63-80

NUÑEZ, José Ignacio (2010): “Estatuto constitucional del embrión humano” en *Hemiciclo. Revista de estudios parlamentarios*, (Nº 2) pp. 67-86

OSSANDÓN, M. Magdalena (2011): “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto” en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, (Nº 2) pp. 103-136

ROMEO, Carlos María (1994): El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A.) 514 p.

ROMO, Osvaldo: Medicina Legal (1992): Elementos de Ciencias Forenses (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición) 750 p.

SADLER, T. W LANGMAN, J (2010): Langman, Embriología médica con orientación clínica (Bs. Aires, Ed. Panamericana,) 404 p.

SINGER, Peter (1997): Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional (Barcelona, ed. Paidós Ibérica S.A.) 255 p.

SILVA, Hernán (1991): Medicina Legal y psiquiatría forense (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición) (Vol. 1).

TÓRTORA, Hugo (2005): “El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración” en Estudios constitucionales, (Nº2) pp. 199-247

UGARTE, José Joaquín (2006): El Derecho a la Vida. Bioética y Derecho (Santiago, Editorial Jurídica) 598 p.

VIVANCO, Ángela (2001): “El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional” en Revista Chilena de Derecho, (Vol. 28 Nº 2) pp. 467-480

_____ (2008): “La píldora del día después” en Revista Chilena de Derecho, (Vol. 35 Nº 3) pp. 543-577

ZUÑIGA, Francisco (1997): “Derecho a la intimidad y sus paradigmas” en Ius et Praxis, (Vol. 3, Nº 1) pp. 285-313

Medios electrónicos:

VIVANCO, Angela (2002): “Aspectos jurídicos del llamado aborto terapéutico en Chile” en ARS Médica, Revista de Estudios Médicos Humanísticos año, (Vol. 6 nº 6). Disponible en <http://escuela.med.puc.cl/publ/Arsmedica/ArsMedica6/Art13.html>, consultado el 10 de octubre de 2014.

VIVANCO (2010): “El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho chileno” en ARS Médica, Revista de Estudios Médicos Humanísticos (Vol. 18 nº 18). Disponible en <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica18/AbortoTerapeutico.html>, consultado el 10 de octubre de 2014.