****

**Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, Boletín N° 9895-11**

Comisión de Salud Cámara de Diputados

Sesión especial 15 de junio de 2015

Claudio Alvarado R.

Investigador IES

Muchas gracias Sr. Presidente, y por su intermedio agradezco también a los demás diputados que conforman esta Comisión.

En los minutos que siguen intentaré ofrecer tres reflexiones sobre el proyecto de ley que nos convoca. La primera podría ser llamada metodológica; la segunda, jurídica; y, finalmente, en tercer lugar, concluiré con algunas consideraciones de orden político.

1. **Aspectos metodológicos o marco de referencia adecuado**

En primer lugar, entonces, comenzaré con la reflexión que he llamado metodológica.

Para explicar qué quiero decir con esto, me permitiré citar a la Presidenta de la República, Michelle Bachelet; pues, como de seguro recordarán los presentes, fue en su discurso ante el Congreso Pleno del 21 de mayo de 2014 cuando la Presidenta anunció la discusión que hoy nos convoca. Vale la pena recordar las palabras de la Presidenta, porque son muy ilustrativas de cuál es el alcance que debiera tener este debate. La Presidenta sostuvo, en el contexto de una dura crítica a distintas formas de violencia contra las mujeres, 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”.

Las palabras de Michelle Bachelet parecían ser claras: aquí nadie buscaría promover el aborto libre, sino sólo “despenalizar” determinados supuestos de aborto dada la gravedad de las circunstancias aludidas por la Presidenta. Desde luego el asunto es más oscuro de lo que parece a primera vista, y por algo esta comisión ha celebrado múltiples audiencias al respecto; pero debemos advertir, no obstante, que las palabras de la Presidenta de la República ofrecían una certeza inicial importante, un cierto punto de partida del cual se siguen no pocas consecuencias.

Digámoslo de este modo: una cosa es promover (i) un pretendido derecho-libertad de la mujer en virtud del cual, independiente de las circunstancias, ella estaría legitimada para terminar con la vida del niño que está por nacer; y otra muy distinta (ii) afirmar que, no obstante reconocer en el aborto un mal y un drama social, en determinadas ocasiones éste se haría necesario, dado que sería la única manera de sanar una enfermedad de la madre o de evitarle una situación extremadamente grave; no obstante, insisto, calificar el aborto como un mal (para el niño, para la madre o para ambos).

Si la perspectiva de la Presidenta hubiera sido la primera, es decir, si ella hubiera señalado que su propósito era consagrar el aborto libre como un derecho, nuestra discusión debiese versar principalmente sobre el valor y dignidad del niño que está por nacer. Sin embargo, hasta donde sabemos nuestro debate actual no tiene nada que ver con eso. Aquí, por lo mismo, no caben 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, porque esa es otra cancha, una en la cual, según nos han dicho, nadie quiere jugar. Aquí se nos ha dicho que todos partimos de la base que nadie quiere abortar, y que todos reconocemos el igual valor y dignidad de la vida del niño no nacido[[1]](#footnote-1).

Si no fuera así, ¿qué explicaría que la mujer no goce del derecho a terminar con su embarazo cuándo y cómo estime pertinente? Si se trata de un asunto difícil es principalmente porque están juego dos vidas humanas, no sólo una. En caso contrario, no tiene sentido restringir el debate sólo a algunas pocas causales. Pero nuestro punto de partida en este debate, el punto de partida que fijó la Presidenta Bachelet, fue precisamente reconocer el drama que subyace al aborto. Y esto es muy importante: si partimos de la base que el aborto no es algo bueno, ni tampoco un derecho exigible por la mujer en cualquier caso, lo fundamental debe ser el análisis de los argumentos que nos llevarían a hacer excepciones en la protección de la vida del niño no nacido. Si esos argumentos son puestos en entredicho, lo mismo sucede con el proyecto de ley propuesto.

Por esa razón no puede sernos indiferente que, tal como ya se ha dicho en esta Comisión, los protocolos médicos vigentes en Chile permitan a cualquier mujer embarazada recibir los tratamientos que sean necesarios para curarse de una enfermedad mortal, incluso si con ello se pone en riesgo la vida del niño que está por nacer. No puede darnos lo mismo que los médicos realicen estos tratamientos a diario y que nunca hayan sido perseguidos por ello.

Tampoco pueden darnos lo mismo los bajísimos índices de mortandad materna que exhibe Chile ― en América sólo Canadá muestra mejores resultados―, ni tampoco la evidencia que acredita cuán falibles y poco certeros son los diagnósticos de “inviabilidad fetal”; ni tampoco puede darnos lo mismo, en fin, la evidencia que desacredita las cifras de abortos clandestinos invocadas sin ninguna prueba por ciertos activistas (evidencia que, entre otros, ha sido reconocida por la doctora Sofía Salas, de la UDP, y también por el actual Subsecretario de Salud, Jaime Burrows[[2]](#footnote-2)).

Lo mismo podríamos decir ante la falta de evidencia de beneficios del aborto para la mujer; del hecho de que actualmente no hay mujeres que estén cumpliendo condena por delito de aborto; y también del parecido del proyecto de ley en comento con las legislaciones de otros países, donde, como es sabido, mociones del estilo han sido utilizadas para avanzar hacia supuestos mucho más permisivos de aborto[[3]](#footnote-3).

Nada de esto puede sernos indiferente, nada de esto puede darnos lo mismo, si realmente advertimos que el aborto es un mal, si de verdad vemos en el aborto una señal de que llegamos tarde, como dijo la Presidenta Bachelet. Si aquí no se trata de avanzar hacia el aborto libre, ¿cómo hacer oídos sordos ante los serios reparos que ameritan las causales invocadas para justificar el proyecto de ley sometido al análisis de esta Comisión? ¿Cómo quedar indiferentes ante el hecho de que este proyecto recoge, querámoslo o no, hipótesis más cuestionables que las que se supone lo motivan?

Esas y otras preguntas son imprescindibles considerando el tipo de debate propuesto por la Presidenta Bachelet pues, como ella misma dijo en otra ocasión, aquí debemos *pensar en la realidad de todos* los involucrados[[4]](#footnote-4). 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.

1. **Aspectos jurídicos**

Dicho lo anterior, quisiera dar paso a la segunda reflexión que pretendo desarrollar en los minutos de que dispongo; la que, como les adelanté al comienzo, es de naturaleza jurídica. Al respecto, básicamente quisiera aclarar un equívoco bastante extendido, y después confrontar el proyecto en cuestión con el resto del ordenamiento jurídico nacional.

Dicho mal entendido consiste en lo siguiente: no son pocos quienes, compartiendo la ilicitud de la conducta abortiva, cuestionan si es razonable que el aparato estatal persiga y sancione a una madre enfrentada a situaciones límite, o que ha abortado después de haber sido brutalmente violentada[[5]](#footnote-5). La pregunta podría formularse así: ¿es razonable que el Estado sancione a estas mujeres a todo evento? ¿No hay consideraciones humanitarias mínimas que obliguen a repensar el asunto?

El punto desde luego parece pertinente, pero exige matices y precisiones. Por una parte, tal como ustedes saben y como ya he recordado, nuestras leyes permiten realizar aquellos tratamientos e intervenciones que requieren las mujeres embarazadas, incluso si ellos ponen en peligro la vida del niño que está por nacer. Estos actos no son sancionados, y no existen ni existirán mujeres ni médicos condenados por terapias de este tipo.

Pero quizás más importante que eso es aclarar qué implica y qué no la prohibición general del aborto establecida en nuestra legislación. Digámoslo derechamente: la legislación vigente no implica que toda conducta abortiva será, *necesariamente* y en cualquier circunstancia, conducente a pena de cárcel para la mujer.

Me explico: para que una mujer sea sancionada penalmente 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 pase a llevar 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 y, por tanto, pese a su prohibición general, incluso si una mujer llega a practicarse un acto abortivo ella 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 Nº9 del Código Penal).

El punto es que determinar eso 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[[6]](#footnote-6). Pero en cualquier caso es falso que la legislación vigente persiga a las mujeres enfrentadas a situaciones límite. Aquí, por tanto, no se requiere despenalización de ninguna especie[[7]](#footnote-7). De hecho, si nuestra inquietud consiste en el drama de esas mujeres —y no en legitimar el aborto—, no hay otra forma de afrontar el asunto sin sacrificar la protección del niño no nacido.

Ahora bien, nada de lo anterior debe llevarnos a olvidar que la prohibición general del aborto es muy importante, pues busca proteger un bien fundamental: cuando se trata de bienes humanos básicos, como la vida o la integridad física, no todo está permitido (por algo prohibimos la esclavitud, la tortura o la trata de personas). En particular, ningún ser humano inocente, cualquiera sea su etapa de desarrollo, sexo o condición, puede ser en justicia privado de su vida. En Chile hoy en día existe plena conciencia de ello; existe una protección integral a la vida y la salud de las personas desde el instante mismo de su concepción (cuestión que resulta muy valiosa a la luz de nuestra historia reciente de atropellos a los derechos humanos).

Desde una perspectiva cronológica, y considerando las leyes vigentes, esa protección encuentra su primera manifestación en nuestro Código Civil, que en su artículo 55 define como personas a “todos los individuos de la especie humana”, sin importar su edad, sexo ni condición; y que en su artículo 75 señala que:

“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 peligra”.

Como puede verse, esta regla es inequívoca: manda proteger la existencia del niño no nacido sin distinguir plazos ni etapas de ningún tipo en su desarrollo biológico, e independiente de cuál sea la amenaza al respecto. En este contexto debe ser leído el artículo 74 del mismo Código, que nos dice que la existencia legal ― entendida aquí como sinónimo de patrimonial― “principia al nacer”. Ello se confirma al leer el artículo 76 del mismo cuerpo legal, que fija una regla para colegir la concepción a partir “de la época del nacimiento”, y también al leer el artículo 77, que permite deferir ciertos derechos patrimoniales a la criatura que está en el vientre materno.

Algo análogo sucede en materia constitucional. Por una parte, el texto mismo de la carta vigente “*asegura a todas las personas*” su derecho a la vida en el Art. 19 N°1, artículo que además reitera en su inciso segundo que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Este mandato, desde luego, es congruente con las disposiciones anteriores del Código Civil, con los artículos 342 y siguientes del Código Penal, con el artículo 119 del Código Sanitario, con las normas de “Protección de la Maternidad” del Código del Trabajo; entre otras.

Pero además del texto mismo de la Constitución, también debemos recordar los múltiples tratados internacionales de derechos humanos vigentes e incorporados a nuestro ordenamiento, que reconocen y protegen en forma sistemática la vida del que está por nacer. Aquí es particularmente clara la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuyo preámbulo señala que “el niño […] necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, y cuyo artículo 1° agrega que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (art. 1), para luego añadir en su artículo 6.1 que “todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” (art. 6.1). En todo caso, encontramos disposiciones similares en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 6.5; en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en su preámbulo, en su artículo 11° N° 2 a), y en su artículo 12° N° 2; y en la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 1.2 y 4.1

Son estos antecedentes los que explican los sucesivos pronunciamientos de nuestras instituciones, orientados a resguardar la vida del niño no nacido. Por ejemplo, la Corte Suprema, que en sentencia del 30 de agosto de 2001, rol N° 2.186-2001, declaró que:

 “El que está por nacer –cualquiera sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma no distingue- tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación” (30 agosto 2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5°, pp. 199-208, c.17°).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional expresamente ha señalado ―y vuelvo a citar, con su venia Sr. Presidente―:

“Que el derecho a la vida asegurado en el artículo 19 Nº1 de la Constitución […], asegura a toda persona –incluyendo al *nasciturus*- el derecho a mantener la vida y conservarla frente a los demás hombres” (sentencia de 2008, rol N° 740-2007).

Asimismo ha sucedido con la Contraloría General de la República (dictamen Nº 25.403, de 21 de agosto de 1995 ―en relación con el art. 17 de la Ley Nº 19.123―), y así ha sucedido también con el propio Congreso Nacional. Por ejemplo, a propósito de la reforma al inciso 1° de la Constitución, que modificó la expresión hombres por personas, en cuya tramitación se acordó dejar constancia de que “el nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida” (Diario de Sesiones del Senado, sesión 21ª, 3 de marzo de 1999, Ley de Reforma Constitucional N° 19.611). Otro ejemplo, más reciente, lo encontramos en la ley de regulación de la fertilidad, de enero de 2010, cuyo artículo 4° finaliza diciendo que “no serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto”.

Es muy importante, de cara a la discusión que nos convoca, advertir la coherencia que exhibe nuestro ordenamiento jurídico a la hora de resguardar la vida de los niños no nacidos. De hecho, ―dicho sea de paso―, si agregamos a lo ya dicho la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias (Art. 19 N°2 Constitución) y de afectar los derechos en su esencia (Art. 19 N° 26 Constitución), todo indica que un proyecto como el propuesto ―que establece tres excepciones a la protección de la vida del niño no nacido― exige, en el mejor de los casos, una ley interpretativa de la Constitución, con todos los requisitos formales que ello exige.

Pero desde luego lo principal no es lo formal, sino lo sustantivo. Y lo sustantivo aquí es que, como bien notó en su minuto el reconocido académico ―y en ningún caso detractor del aborto― Ronald Dworkin[[8]](#footnote-8), la discusión sobre aborto llega a su fin cuando el niño que está en el vientre materno es considerado persona para una Constitución que, como tal, exige proteger por igual a todos los seres humanos. Pues bien, si la primera reflexión ponía sobre la mesa las implicancias de tomarnos en serio que el aborto sea un mal, esta segunda reflexión conduce a notar cuánto choca con el derecho chileno, que cuenta con un estatuto coherente de protección del niño no nacido ―y de todos los seres humanos en genral―, un proyecto como el propuesto, que viene a establecer excepciones precisamente a eso, a la protección integral de la vida de todos los seres humanos.

1. **Consideraciones políticas**

Sin embargo, pese a lo dicho hasta ahora, y pese a considerar el aborto como un mal, quizá alguno de los diputados presentes igualmente desea avanzar hacia un derecho de aborto legalmente exigible, al menos en ciertas circunstancias, o de frentón hacia el aborto libre (aborto que, en todo caso, casi ningún actor público relevante reconoce defender en Chile, y que en ninguna encuesta relevante concita más del 10% de apoyo). ¿Qué puede decirse a quien se encuentre en esa situación?

Pienso que a ese respecto cobran relevancia las consideraciones propiamente políticas, y en eso consiste mi última reflexión. Como decía Tabaré Vásquez, Presidente de Uruguay y socialista, “el verdadero grado de civilización de una nación se mide por cómo se protege a los más necesitados. Por eso se debe proteger más a los más débiles”. Luego, si el aborto es una realidad indeseable, debemos buscar cómo evitarlo, no otra cosa. Y evitar el aborto exige luchar contra todas aquellas condiciones que llevan a una mujer a pensar, llegado el momento, que no tiene otra alternativa que abortar. Eso constituye un desafío político de primer orden, y pienso que es de eso de lo que deberíamos estar hablando. Por el contrario, consagrar legalmente el aborto, aunque sea sólo en algunos supuestos, implica avalar la indiferencia de la sociedad ante la maternidad, y negarle todo auxilio a la madre necesitada. Si algún derecho subyace a la consagración legal del aborto, por desgracia, es el supuesto derecho de la sociedad, de todos nosotros, a abandonar a su propia suerte a las mujeres necesitadas de ayuda, apoyo y alivio.

Aún más: abogar por un derecho al aborto, aunque sea sólo en ciertos casos, constituye, más allá de buenas intenciones, el último eslabón del más feroz de los individualismos, una especie de neoliberalismo salvaje pero en materia político-moral, para el cual siempre prima la autonomía y la decisión individual, cualesquiera sean los otros bienes involucrados. Esto, desde luego, debiera resultar especialmente repugnante para aquellos sectores que en otros ámbitos de la vida social dicen combatir esa manera de ver las cosas. Siendo rigurosos, sólo un liberalismo muy extremo es incapaz de advertir que detrás del aborto existe un problema de vulnerabilidad y desolación que es sencillamente imposible de ser explicado únicamente a partir de categorías individualistas. Estamos hablando, ni más ni menos, que del nacimiento de una persona.

Por eso, como dijo Mercedes Aroz, cofundadora del Partido Socialista de Cataluña, “Hay que plantear la abolición del abortocomo lo que es: un objetivo progresista, de avance de la civilización, pues el reconocimiento jurídico de los derechos humanos y su ampliación es fruto del progreso del ser humano en la comprensión de su realidad y de su dignidad como persona”.

1. Para un mayor análisis de este problema, ver: C. Alvarado, “Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo”, en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, pp. 111-129 (octubre 2014). [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver: <http://agendaetica.blogspot.com/2009/01/sobre-la-idea-de-despenalizar-el-aborto.html> [↑](#footnote-ref-2)
3. El detalle de estas críticas se encuentra en: IES et al., *Aborto y despenalización: 6 claves para el debate* (marzo 2015). [↑](#footnote-ref-3)
4. *La Tercera*, 22 de mayo de 2014. Disponible en: <http://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. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver, por ejemplo, la opinión de Jorge Navarrete, en junio de 2014: <http://diario.latercera.com/2014/06/08/01/contenido/opinion/11-166336-9-convicciones-y-dudas.shtml> [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver más en: Magdalena Ossandón W., “Aborto y Justificación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 Nº 2, Santiago, 2012, pp. 360 ss. Disponible en:

<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n2/art06.pdf> [↑](#footnote-ref-6)
7. A la misma conclusión llega Jorge Fábrega, académico de la Universidad Adolfo Ibáñez, después de analizar las cifras sobre condenas por delito de aborto entre los años 2010 y 2013. Ver más en: <http://voces.latercera.com/2014/08/05/jorge-fabrega/penalizacion-del-aborto-en-chile-las-cifras/> [↑](#footnote-ref-7)
8. R. Dworkin (1994), *El dominio de la vida* (Barcelona, Ariel), Pp. 146-147. [↑](#footnote-ref-8)