

Franck, María Inés ; Lafferriere, Jorge Nicolás

Chile legaliza el aborto en tres causales

Vida y Ética Año 18, N° 2, diciembre 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Franck, María Inés, Lafferriere, Jorge Nicolás. "Chile legaliza el aborto en tres causales" [en línea]. *Vida y Ética*, 18.2 (2017). Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/chile-legaliza-aborto-tres.pdf> [Fecha de consulta:.....]

CHILE LEGALIZA EL ABORTO EN TRES CAUSALES

Dra. María Inés Franck

- Licenciada en Cs. Políticas (UCA)
- Abogada (UCA)
- Especialista en Doctrina Social de la Iglesia (UCA)
- Licenciada en Derecho Canónico (UCA)
- Secretaria Académica de la Facultad de Derecho Canónico (UCA)
- Profesora de Ciencias Políticas (UCA)

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

- Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA)
- Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)
- Profesor de "Derecho Civil" (UBA - UCA)
- Profesor de "Bioderecho" de la Maestría en Ética Biomédica (UCA)
- Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho (UCA)
- Director del Centro de Bioética, Persona y Familia

Palabras clave

- Aborto
- Objeción de conciencia
- Objeción de conciencia institucional

Key words

- Abortion
- Conscientious objection
- Institutional conscientious objection

INTRODUCCIÓN

El 3 de agosto de 2017 el Congreso de Chile aprobó el proyecto de ley que regula la despenalización del aborto, bajo la denominación "interrupción voluntaria del embarazo" en tres causales. La nueva ley no fue vetada por el Poder Ejecutivo y recibió el 21 de agosto el aval del Tribunal Constitucional en general, aunque se acogió una impugnación referida a la objeción de conciencia institucional.

El Tribunal Constitucional de Chile, que publicó su sentencia el 28 de agosto de 2017, rechazó por 6 votos a 4, dos requerimientos de inconstitucionalidad formulados por un grupo de senadores y un grupo de diputados (Roles 3729 y 3751-17-CPT) respecto a las tres causales de aborto (riesgo de vida de la madre, violación e inviabilidad del por nacer), mientras que acogió por 8 votos a 2 la impugnación del estatuto de la objeción de conciencia, de modo que ella puede ser alegada por toda persona interviniente (no sólo el plantel profesional) y también por las instituciones de salud. Igualmente hace lugar a la objeción contra la frase que obligaba a los profesionales a realizar abortos cuando sea inminente el vencimiento del plazo fijado por la ley. Es decir, no se obliga nunca a la persona a realizar abortos.

En esta breve nota comentamos los alcances de la nueva ley (2) y algunos elementos que surgen de la sentencia del Tribunal Constitucional en relación al estatuto de la persona por nacer en el derecho chileno (3).

2. LOS ALCANCES DE LA NUEVA LEY

2.1. Las tres causales

La ley realiza modificaciones al art. 119 del Código Sanitario, estableciendo que toda mujer, a partir de los 14 años de edad, puede autorizar la interrupción de su embarazo por un médico cirujano cuando:

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

no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

En este último supuesto, un equipo de salud especialmente conformado para estos efectos confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional. En caso de concurrir esta circunstancia se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

2.2. El consentimiento informado

La mujer (o su representante legal si correspondiera) deberá siempre manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo.

El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica, según lo establecido en los artículos 8 y 10 de la ley N° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva, y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer.

2.3. Las menores de 14 años de edad

Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. Además de su voluntad, se requerirá la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Además, cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico,

coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor o la mujer declarada interdicta por causa de demencia una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización.

2.4. La objeción de conciencia

El proyecto estipula que "el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo (...) podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla

en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción".

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

Finalmente, en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la primera causal (riesgo vital), quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la tercera causal (la semana 12 de gestación luego de una violación). Este punto fue objetado y la sentencia del Tribunal Constitucional decidió modificarlo, como dijimos anteriormente.

También la ley sostenía que "La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución". Sin embargo, esta disposición ha sido objetada ante el Tribunal Constitucional, que acogió la impugnación.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA PERSONA POR NACER

3.1. Los conflictos constitucionales

En su sentencia el Tribunal Constitucional identifica cuatro conflictos constitucionales:

1) El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 1, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho.

2) El proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley.

3) El articulado del proyecto vulneraría la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos.

4) El proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios. Unido a ello, contravertiría el principio de servicialidad del Estado.

Dada la extensión de la sentencia (297 páginas), nos concentraremos en analizar algunos aspectos vinculados con las razones esgrimidas por el TC para sostener la constitucionalidad de la norma invocada en relación a la persona por nacer y haremos primeras reflexiones bioéticas y jurídicas.

El principal obstáculo que debía enfrentar el TC para despenalizar el aborto es el texto mismo de la Constitución de Chile, que establece en el artículo 19.1.2 que la ley protege la vida del que está por nacer. Las argumentaciones del TC se orientan pues a reconocer una discrecionalidad al legislador en relación al derecho a la vida; en sostener que el por nacer no es persona para la Constitución; que el derecho a la vida no es absoluto; que la protección puede darse por distintos medios al derecho penal; y que no puede descuidarse a la mujer. Veamos a continuación estos puntos:

3.2. La discrecionalidad del legislador en relación al derecho a la vida

Un elemento decisivo en el razonamiento del TC es el que sostiene que el legislador tiene una cierta discrecionalidad al momento de legislar sobre el derecho a la vida. Para ello, cita dos sentencias del propio TC, una de las cuales se pro-

nunció sobre la constitucionalidad de la definición de muerte encefálica en relación a la ley de trasplantes de órganos (STC 220/1995) y la otra que se pronunció en contra de un decreto que establecía la píldora del día después (STC 740/2007). Para el TC, "el legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho". Y constató que "el Tribunal tiene dos doctrinas que no dialogan entre sí. La discrepancia principal tiene que ver con el rol de legislador". Como veremos, esta deferencia del TC hacia el legislador termina siendo decisiva para desamparar al por nacer, quitándole el rango de persona y afirmando que su derecho a la vida no es absoluto.

3.3. El estatuto jurídico del por nacer en la Constitución de Chile:

Un segundo eje del voto de cinco de los jueces que conforman la mayoría consiste en sostener que para la Constitución el por nacer no es persona. Así, afirman que la Constitución lo trata distinto que las personas. "La ley es la principal fuente de derecho. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia".

Este voto de los cinco jueces resalta que el origen de la disposición constitu-

cional sobre proteger al por nacer se encuentra en el Código Civil, en su artículo 75. "Se trasladó la disposición que había en ese cuerpo legal a la Constitución". "Como se observa, a los nacidos el Código les denomina personas. Y a los que están por nacer, criatura. Y nunca a las personas los considera como si no hubiesen existido". Y continúan: "El Código Civil pone énfasis en el nacimiento para hacer una separación. (...) el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo. El que está por nacer no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad".

Para estos jueces, la dependencia de la madre resulta decisiva para negar al por nacer ese carácter de persona: "En este sentido, el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente. En este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo. Ciertamente que el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de

una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar. En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional".

Lo increíble del razonamiento, es que contradice expresamente la sentencia anterior 740/2007 sobre la píldora del día después en que había afirmado claramente que "el que está por nacer es una persona".

Como hemos dicho, la mayoría se compone de 6 jueces. 5 de ellos se pro-

nuncia en el sentido antes indicado. Sin embargo, el sexto juez, el ministro Domingo Hernández Emparanza, manifiesta su desacuerdo con sus otros cinco colegas justamente en lo referido al estatus jurídico del que está por nacer. Fue el profesor Hernán Corral Talciani quien nos advirtió sobre este punto, explicando que "el Ministro Hernández declara 'no compartir' que el concebido tenga la calidad de 'mero interés jurídicamente protegido [...] que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto' (Nº 1, letra a), lo que reitera más adelante al sostener que las causales de aborto sólo pueden considerarse constitucionales en el estricto sentido de causales de justificación o exculpación penal, y 'en ningún caso porque el feto sea un mero interés jurídico y no un ser humano (Nº 2, letra b)". [1] El texto citado de Corral Talciani analiza a fondo el voto del ministro Hernández Emparanza y cómo este juez se diferencia de los otros cinco ministros de la mayoría, afirmando por ejemplo que la vida humana es un continuo que comienza con la concepción: "Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana des-

[1] Corral Talciani, Hernán (2017), "El estatus del embrión humano en la sentencia sobre aborto del Tribunal Constitucional", Diario Constitucional, 4 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-estatus-del-embrión-humano-en-la-sentencia-sobre-aborto-del-tribunal-constitucional>.

pués del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo" (Nº 1, letra a)".

Con razón Corral Talciani concluye que para el Ministro Hernández "el embrión humano es persona si entendemos este término, no en el sentido de la civilística decimonónica, sino como sujeto titular de derechos fundamentales y que es el concepto de persona que ha introducido el movimiento constitucionalista de postguerra y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fundado en la universalidad de la noción de dignidad humana, y que ha permeado también a la civilística más moderna". [2]

Por ello, concluye el jurista chileno que "el voto del Ministro Hernández, en lo referido al estatus del embrión humano, debe restarse de los otros cinco votos favorables a la constitucionalidad de las causales del proyecto y adicionarse a los cuatro votos disidentes partidarios de la inconstitucionalidad. De esta forma, un análisis detenido de la sentencia debe llevar a la conclusión de que en esta materia hubo un empate de cinco votos contra cinco. Al no ser procedente el voto diri-

mente del Presidente, habrá que entender que sobre este punto no hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y que ha de considerarse vigente el precedente de la sentencia rol Nº 740, de 2007". [3]

3.4. La protección de la vida no es absoluta para el TC

En continuidad con el tema anterior, el TC se pronuncia sobre el carácter no absoluto del "derecho a la vida" del por nacer. Para el TC, "la Constitución manda proteger la vida del que está por nacer. Como ya indicamos, no habla de proteger el derecho a la vida. (...) el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo".

Este punto resulta particularmente grave si pensamos en lo decisivo que es el derecho a la vida y su centralidad en la lógica de los derechos humanos.

[2] Ídem.

[3] Ídem.

3.5. La protección de la vida no necesariamente tiene que ser penal

Otra línea argumental para sostener la constitucionalidad de la ley es que hay muchas formas de proteger la vida. Dice el TC: "la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 -la ley protege la vida del que está por nacer- envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito". Para el TC, la protección del por nacer "no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros".

El TC retoma la idea del "margen de apreciación" del legislador, para establecer el aborto, como un delito distinto al de homicidio y al infanticidio y tratarlo distinto en el Código Penal, incluso con penas menores al homicidio. Además, la protección "no puede reducirse al ámbito penal, toda vez que hay una serie de normativas, que no tiene este carácter y que se enmarcan dentro del mismo propósito. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico

contempla normas que protegen la maternidad y otras normas que protegen al que está por nacer. Entre las normas que protegen la maternidad, se encuentra, por vía ejemplar, la protección y vigilancia del Estado durante el embarazo y hasta seis meses de nacido el hijo (Código Sanitario, artículo 16). Enseguida, toda la normativa laboral. Así, el embarazo no puede ser un factor para contratar, para permanecer en el trabajo o para renovar el contrato (artículo 194); el pre y post natal (artículo 195 y 197 bis); el permiso especial por enfermedad grave del niño menor de un año (artículo 199); el permiso especial por enfermedad gravísima del menor de 12 años (artículo 199 bis); el fuero maternal (artículo 201); el derecho a sala cuna (artículo 203); el derecho a dar alimentos (artículo 206). Después, se encuentra la normativa de seguridad social, como el bono por hijo en caso de jubilación (Ley N ° 20.255). Por su parte, entre las normas que protegen la vida del que está por nacer, también hay normas de distinto tipo. Desde luego, normas laborales. Por ejemplo, el pre natal (artículo 195); el descanso pre natal complementario por enfermedad (artículo 196); el derecho a pedir cambio de funciones durante el embarazo (artículo 202); el permiso de hasta tres días para el trabajador que sufra la muerte de un hijo en período de gestación (artículo 66, Código del Trabajo). También existen normas de reconocimiento. Así, se encuentra la Ley N ° 20.558, que estableció el Día del Niño

y Niña Prematuros; la Ley N° 20.699, que estableció el Día de la Adopción y del que está por nacer. Asimismo se encuentran las normas del Código Civil, que permiten diferir el castigo a la madre hasta después del nacimiento o que faculden al juez para adoptar medidas en caso que existiere peligro del no nacido (artículo 75); la que permite suceder y recibir donaciones (artículo 962 y 1390). También existen normas que protegen al embrión en la investigación científica (Ley N° 20.120). Asimismo, normas que impiden aquellos métodos de regulación de la fertilidad cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto (Ley N° 20.418). Del mismo modo, existen normas de seguridad social. Por ejemplo, el Programa Chile Crece Contigo, que permite acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación (Ley N° 20.379)".

Para el TC, "todas estas normas apuntan a destacar que la protección del que está por nacer es heterogénea y no comprende solamente aspectos penales. Además, son diseñadas por el legislador. Se enmarcan, por tanto, dentro del diseño del artículo 19 N° 1 inciso segundo. Es decir, proteger al que aún no nace, en los términos que el legislador vaya estructurando".

En balance, resulta grave que se desconozca que la ley que se estaba debatiendo

justamente consiste en la forma más radical de desprotección: la de ser privado legalmente de la vida. La protección penal es la decisiva en razón del bien jurídico en juego y por el hecho de que, privado de la vida, el por nacer no puede gozar de ninguno de esos otros derechos y protecciones que le garantizó el legislador.

3.6. El derecho de la mujer

Para justificar su decisión, el TC sostiene que interpretar en forma absoluta la protección del por nacer significaría "descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada.

No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio. Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. Así sucede con la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24); con la libertad en aras de la seguridad pública (artículo 19 N° 7); con la privacidad respecto de la publicidad (artículo 19 N° 12) o con la transparencia (artículo 8); o con los derechos durante los estados de excepción (artículos 39 y siguientes); o el mismo derecho a la vida, con la pena de muerte (artículo 19 N° 1). Por lo demás, este Tribunal ha considerado que es una carga intolerable la regla del turno para los abogados, que los obliga a asumir defensas gratuitas (STC 755/2008). Dichas cargas no guardan relación alguna de proporcionalidad con las que debe soportar la mujer en las tres causales del proyecto".

Entramos aquí al fondo del asunto. En lugar de buscar un camino para salvar las dos vidas y resolver el conflicto que

podiera tener una madre con su embarazo, el TC enfatiza la dimensión de autonomía de la mujer (*prochoice*) y le otorga prioridad por sobre el derecho a la vida.

4. CONCLUSIÓN

Con esta ley, Chile se convierte en el tercer país latinoamericano en contar con una ley de aborto, luego de Cuba y Uruguay. Lamentamos la decisión chilena que supone un profundo cambio en la estrategia del país trasandino. Mientras que hasta ahora Chile se caracterizaba por una inteligente y eficiente política pública de acompañamiento de la madre embarazada y de su hijo a través de distintos programas, ahora se introduce un quiebre en esta aproximación permitiendo la eliminación legal de una persona por nacer. Se podían buscar alternativas para salvar a la madre y su hijo, pero el Gobierno, el Congreso y el TC han invisibilizado y silenciado los derechos y dignidad de la persona por nacer.