

ARCHIVO HISTÓRICO



El presente artículo corresponde a un archivo originalmente publicado en **Ars Medica, revista de estudios médicos humanísticos**, actualmente incluido en el historial de **Ars Medica Revista de ciencias médicas**. El contenido del presente artículo, no necesariamente representa la actual línea editorial. Para mayor información visitar el siguiente vínculo: <http://www.arsmedica.cl/index.php/MED/about/submissions#authorGuidelines>

Aspectos jurídicos del llamado “aborto terapéutico” en Chile

Ángela Vivanco Martínez
Profesora de Derecho Constitucional
Investigadora Asociada del Centro de Bioética
Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

La presente investigación ha sido realizada por la suscrita en el ámbito de un grupo interdisciplinario formado en el Centro de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Chile, dirigido por el doctor Mauricio Besio, y que durante los años 1999 y 2000 se ha dedicado al estudio, desde diversas disciplinas, del llamado “aborto terapéutico” en Chile.

El interés en tratar este tema en lo particular ha derivado de dos razones fundamentales: la primera, procurar contribuir a clarificar conceptualmente algunos aspectos relacionados con la figura en cuestión, los cuales desgraciadamente han resultado durante mucho tiempo tan vagos e imprecisos que han permitido utilizarla en múltiples situaciones que poco o nada tienen que ver entre sí, y la segunda, examinar la utilidad o no de legislar sobre este tópico, lo cual ya se ha propuesto por algunos sectores en el último tiempo, justificando tal intención en la necesidad de proteger a pacientes y a facultativos del hecho que las decisiones por ellos tomadas en momentos de urgencia pudieran traducirse en sanciones penales para ellos.

En la parte que nos ha correspondido y que exponemos aquí al lector, se ha procurado examinar en primer orden las bases constitucionales en las que se asienta la importante —y reveladora— aseveración de que en nuestro país la figura del aborto no solo representa un delito sancionado por el Código Penal, sino también una conducta que contraviene el orden establecido por la Carta Fundamental en torno a la vida como un bien especialmente protegido, para después tratar los aspectos penales del tema, la configuración del ilícito en sí y la situación específica del “aborto terapéutico”, examinando si puede efectivamente ser considerado como una herramienta jurídica que destinada a salvaguardar las decisiones del médico tomadas en situaciones de riesgo para la vida o la salud de la madre.

I Parte: La Vida como derecho y la garantía de derecho a la vida en la carta fundamental de 1980, en relación con la inconstitucionalidad de la legislación Pro Aborto (1).

1. La Vida Como Derecho

1.1. Protección de la Vida como una manifestación de la dignidad de la persona humana

La protección de la vida se encuentra, desde el punto de vista jurídico, inextricablemente unida al reconocimiento que el Derecho ha de hacer de la dignidad de la persona humana, como un elemento anterior, superior y fundante de todo ordenamiento normativo.

Dentro del sistema jurídico del Estado, la Constitución Política constituye su aspecto más esencial, en el que se encuentran consagradas las bases en que se apoyan tanto las leyes, como los actos administrativos y aun las resoluciones de ejecución. Es por ello que la vida, como bien protegido por el Derecho, encuentra su primera herramienta de amparo y de salvaguarda precisamente en la Carta Fundamental de los estados modernos, no solo en la perspectiva del listado de las garantías constitucionales, sino también en cuanto a los mecanismos que permitan hacerla un elemento justiciable, es decir, defendible directamente ante los tribunales de justicia.

Ello encuentra explicación, precisamente, en la consideración de la criatura humana como especialmente digna, y por ello, merecedora de que el bien más valioso que la asiste y que resulta indispensable en el desarrollo de la persona sea debidamente resguardado: “todos los derechos que la Constitución proclama se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona, exigido por la propia dignidad de la misma” (2).

La consagración de la vida como derecho constitucional, de esta forma, no puede ser considerada una pura declaración programática o una buena intención del Constituyente, sino que deriva en múltiples manifestaciones positivas y negativas, entre las que podemos destacar el deber del Estado de promover y de proteger la vida y la existencia de una legislación punitiva que sancione los atentados contra ella, lo cual comporta “una directa, efectiva y vinculante referencia al marco dentro del cual la vida humana debe ser protegida y entraña un auténtico deber jurídico para los destinatarios de la norma” (3).

Sin embargo, la vida no es un derecho más o uno de tantos que encontramos en diversas declaraciones, cartas y listados, sino que se ha venido a considerar como una suerte de derecho germen, inicio de todos los demás y, por ello, especialmente relevante y esencial.

En efecto, la vida tiene la particularidad de ser no solo un atributo del ser humano, sino que confundirse con él mismo, por lo cual resulta ser parte integrante del sujeto del derecho, a partir del cual se generan las restantes prerrogativas jurídicas con las que este contará:

“Debido a su carácter de derecho “germen” de todos los demás, y en razón a su prioridad, el derecho a la vida debe tener una consideración superior o especial en el elenco de los derechos de la persona” (4).

1.2. La Vida como valor superior del ordenamiento jurídico

Precisamente, la particular importancia que tiene la vida en el ámbito de los derechos, y por el hecho de formar necesariamente parte del sujeto de éstos, es decir, del hombre, ha logrado que sea considerada incluso más que un derecho constitucional, como un valor superior del ordenamiento jurídico: “derecho fundamental, esencial y troncal en cuanto que es el supuesto ontológico sin que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (5).

Si bien tal cosa podría resultar extraordinariamente clarificadora de la jerarquía y rango que la vida tiene frente a los restantes derechos constitucionales, ello, sin embargo, ha ocasionado más de algún conflicto, en cuanto a identificar tal postura con escuelas filosóficas o con

creencias religiosas y, en consecuencia, negar valor universal al elemento vida, circunscribiéndolo al ámbito puramente interpretativo, en cuanto a la determinación de cuáles son los derechos más importantes para el ser humano.

La falta de una postura común en ciertos países, acerca de la trascendencia del valor vida y del derecho que el ser humano tiene a su respecto, ha significado el surgimiento de una serie de interrogantes que no son intrascendentes para nuestro tema:

- a) ¿Puede considerarse a la vida como un valor superior del ordenamiento jurídico, independientemente del sesgo ideológico o de los postulados religiosos con que este haya sido construido?;
- b) ¿Podría, en consecuencia, objetarse dicha calidad al no compartir el sistema de creencias o de postulados que ha tenido a la vista el Constituyente?;
- c) Si la vida se entiende como valor superior, ¿ello ha de significar su calidad de absolutamente inviolable? ¿y es, de esta manera, siempre ubicable jerárquicamente por encima de las restantes garantías, tales como la libertad de conciencia o la igualdad ante la ley?;
- d) Por el contrario, ¿no podría subordinarse a aquellas, de acuerdo con la óptica jurídica que se base en otro sistema de ideas y creencias?

La respuesta de estas interrogantes, implica, en cada ordenamiento jurídico, un profundo análisis constitucional de cómo se ha reconocido y garantizado el derecho a la vida, lo que pasa por la consideración, entre otros, de los aspectos que a continuación se reseñan.

1.3. Algunos aspectos fundamentales en la determinación del sentido y alcance de la vida como bien jurídicamente protegido

La dignidad del ser humano, el concepto mismo de persona, la postura que se tenga acerca de la disponibilidad de la vida y la decisión que se adopte sobre la posibilidad de jerarquización de los derechos en un sentido distinto al tradicional, son algunos de los aspectos que todo ordenamiento jurídico debe tener claramente definidos y resueltos en cuanto a las dudas que generen, antes de poder afirmar una auténtica protección de la vida como valor superior, con el derecho que asiste a todo individuo de nuestra especie respecto de ella.

A) A quiénes se reconoce y garantiza el derecho a la vida

Este aspecto del estudio en comento, significa particularmente referirse al concepto mismo de persona, el cual no se encuentra en lo absoluto exento de conflictos.

Sobre la determinación de lo que es persona, deberemos abordar —al menos— cuatro frentes de discusión, tanto en lo relativo a la doctrina como a la actividad legislativa de

los estados, los cuales se refieren en su conjunto a la determinación de si puede considerarse o no como poseedor de la calidad de persona a todo individuo de la especie humana.

En efecto, al respecto habrá de determinarse, primero, cuál es el hecho que da origen a la calidad de persona y que, en consecuencia, hace al individuo ser especial objeto de protección del ordenamiento jurídico (6); luego, si existe algún tipo de excepción a ese principio, que pudiera establecer una dicotomía entre la calidad de ser humano y la calidad de persona aun cumpliéndose con los requisitos objetivos para que se produzca tal identidad (7), para después examinar si pueden producirse circunstancias que priven a un individuo de su calidad de persona (8) y, por último, determinar el hecho que pone fin a la protección del ordenamiento jurídico respecto de la persona humana, es decir, emplear criterios relativos a su muerte.

B) La extensión de la garantía del derecho a la vida

Aquí corresponderá determinar si existen situaciones en que el derecho a la vida puede no ser protegido, por ejemplo, por razones de bien común —una de las justificaciones de la pena de muerte— o si puede declinarse su protección en ciertas circunstancias extraordinarias —como ocurre en situaciones justificadas por el Derecho, como la legítima defensa o la no exigibilidad de otra conducta—.

Asimismo, corresponderá pronunciarse acerca de cómo resolver los conflictos aparentes o reales, entre el derecho a la vida de dos personas distintas, algunos de los cuales pueden subsumirse en lo relativo a la legítima defensa, pero también pueden ser objeto de tratamientos muy diversos, como ocurre precisamente en el tema del aborto terapéutico; o entre el derecho a la vida y otros derechos, tales como la libertad de conciencia, ya mencionada.

C) La disponibilidad del derecho a la vida

Implica examinar si el derecho a la vida puede entenderse como un derecho de características patrimoniales, el cual, por consiguiente, pueda ser objeto —por parte del individuo— de actos de disposición, o incluso, poder declinarse frente a otros derechos en situaciones de necesidad justificante, las que implican precisamente una legitimación del daño de la propiedad ajena en aras de la defensa de un derecho jerárquicamente superior.

Pasaremos, ahora, a examinar cómo se presentan estas materias, en la Historia Fidedigna de la Carta de 1980.

2 La garantía de Derecho a la Vida en la Carta Fundamental de 1980.

2.1. Antecedentes

La Vida como bien jurídico protegido ha estado presente durante toda nuestra Historia Constitucional, si bien no directamente, a través de la dictación de leyes sancionatorias en contra de los delitos que afectan a este derecho. Sin embargo, recién aparece como una garantía en propiedad en la Constitución Chilena de 1980.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en relación con el derecho a la vida, señala: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho a la vida y a la integridad física”. La norma aludida se encuentra, luego, consagrada en el Art. 19 N° 1.

Los elementos señalados en este precepto —vida e integridad física— están íntimamente vinculados, guardando relación con un aspecto físico. La redacción de la norma busca asegurar una vida realmente humana, con el manifiesto propósito de que se puedan ejercer todos los atributos y responsabilidades que son inherentes a la condición de persona humana.

Se descartó el tema de la integridad moral en esta disposición, pese a que, en opinión del señor Ortúzar: “un atentado contra la integridad moral puede ser más fuerte y más violento que un atentado contra la integridad física” (9). Luego se incluiría, sin embargo, expresamente el derecho a la integridad psíquica de la persona en la garantía correspondiente.

2.2. Fundamentos

La estructura de la Carta Fundamental de 1980 descansa en una concepción humanista y cristiana del hombre, siendo, por lo tanto, la filosofía de la nueva Constitución; antecedente que consta en el preámbulo o en la historia fidedigna que servirá para la interpretación de las instituciones que ella va a crear (10). Dicha postura se identifica con el sentir e idiosincrasia de la comunidad nacional, donde la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, el cual debe prestarle una protección eficaz y segura (11).

Lo señalado se fundamenta en la evolución constitucional que nuestro país ha tenido, en el que se observa un marcado proceso de perfeccionamiento en el tema de derechos humanos, cuyo origen se inicia en la época Republicana, pasando por la reforma denominada “Estatuto de Garantías Constitucionales” (perfeccionando lo relativo a derechos esenciales), y llegando a la reforma de 1989. Todo esto muestra la confianza que tiene la nación en una convivencia basada en los derechos fundamentales del hombre, dignidad y valor de la persona humana, como también en la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres.

Ello se evidencia ya en las Actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, ya que en ellas se dejó constancia de la opinión de la comisionada señora Luz Bulnes, quien expresaba que en materia de derechos humanos, era preciso establecer los principios perseguidos por el movimiento constitucional iniciado en el siglo XVIII, el que hasta hoy propicia la dignidad del ser humano como valor supremo, y la forma en que el Estado tiene que respetar el ámbito de esfera privada de las personas (12).

En materia de garantías constitucionales, el comisionado señor Ovalle sugirió que debería establecerse en la Carta Fundamental un precepto que señalara lo siguiente: “Nadie puede

asilarse en los derechos o garantías consagrados en la Constitución y hacer valer las libertades o los derechos humanos atacados para transgredir el ordenamiento jurídico, para atacar las bases de la Constitución o para desconocer u organizarse para vulnerar los mismos derechos humanos que la Constitución establece” (13).

2.3. Objetivos

La Carta busca proteger la convivencia colectiva, manteniendo y robusteciendo las Garantías Constitucionales, junto con extenderlas a todos los habitantes de la República, sin discriminación.

También estima que se deben considerar los principios contenidos en Documentos Internacionales que rigen sobre la materia, entre los se hace alusión a: “La declaración Universal de Derechos del Hombre”.

Esta tendencia se viene manifestando desde hace veinte a treinta años en distintos textos constitucionales, como consecuencia directa de tal declaración, en comunión con el sentir universal de favorecer y brindar protección a estos derechos, de manera que situaciones vividas como el Holocausto u otros de naturaleza similar no se repitan.

En razón de que el progreso humano es de capital importancia, se precisó que era indispensable actualizar la Constitución, de forma que los derechos aparecieran “orgánicamente relacionados y unificar en estas disposiciones preceptos jurídicos que estén dispersos en diversos documentos de carácter internacional” (14).

3. Concepto de Persona

En atención a que el enunciado del artículo 19, que incluye la mayoría de los derechos constitucionales presentes en la Carta, los asegura “a todas las personas”, la Comisión Constituyente estimó necesario para actualizar la Carta de 1925 contar con la opinión especializada del Profesor Armando Roa, médico siquiatra, con el objeto de poder aclarar el concepto de persona humana desde el punto de vista biológico.

- Al respecto, el Presidente de la Comisión: “En forma muy espontánea hizo presente en la Comisión sin mayores antecedentes científicos, que el ser humano era un ente compuesto de cuerpo y alma, de materia y espíritu” (15).
- Con relación a la inquietud planteada, el profesor A. Roa, indica que: “Hoy por hoy, pese a las diversas escuelas que existen de sicología y siquiatría, no hay absolutamente ninguna que no esté acorde en el concepto de unidad sicofísico o, en otras palabras, sicosomática. Por lo tanto, entre la psiquis y el soma hay una unidad intrínseca, pero la unidad obviamente no significa confusión, no significa que siquis sea lo mismo que soma, mirado desde un punto o viceversa, sino que desde el momento que se habla de unidad es porque son dos cosas distintas que por un lado están atadas”.

- Al respecto, el Profesor aclara que: “Se tiende a confundir esta unidad como si fuera una especie de mezcla, de aleación como el hidrógeno y el oxígeno, que conforman el agua, que es un tercer compuesto. Pero no es así, ya que siguen manteniéndose y se supone una cierta autonomía en las cosas y la que las une es una tercera entidad que se llama la persona humana”.
- La noción de ser humano presente en el texto Constitucional se estructura en base a la idea de un ser compuesto de cuerpo y alma, que no da origen a una confusión posterior de elementos, sino a un tercer compuesto llamado persona **(16)**.

Al hablar del hombre, la comisión está conteste en el hecho de que es una unidad, en que existen valores que se relacionan con el cuerpo y otros con el espíritu, ambos se enmarcan dentro de una indivisibilidad, corresponden a aspectos distintos dentro de esta misma unidad y dentro de la misma universalidad **(17)**.

Probablemente, el gran aporte del tratamiento constitucional de la idea de persona, consiste en considerar al ser humano como tal desde el momento de su concepción, descartando aplicar a la materia el principio de existencia de la persona previsto en el Código Civil para materias propias de dicha disciplina, como las sucesorias y patrimoniales, el cual considera como requisito indispensable en la verificación de tal principio “el nacer” y “haber vivido separado de la madre al menos un momento siquiera”.

Ello se basa en que lo realmente característico de la persona está constituido por una identidad de la cual se goza desde antes de nacer, desde el momento en el cual el individuo aparece como un ser distinto de sus padres: “A los hombres los llamamos personas porque son lo que son de forma distinta que los demás seres que existen. Lo que son se compone de cualidades que, en la mayoría de los casos, comparten con otros. La combinación individual de estas cualidades será probablemente siempre singular. Pero lo que hace que la persona sea persona no es su singularidad, sino el ser única” **(18)**.

Esa calidad de única de la persona humana no se adquiere con el tiempo ni puede lógicamente considerarse que el hombre parta siendo una cosa para después llegar a ser persona: “No existe un tránsito paulatino desde “algo” a “alguien”... Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si la persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la sustancia según Aristóteles... La persona no es un concepto específico, sino el modo como son los individuos de la especie “hombre”. Son de tal manera que cada uno de ellos ocupa un lugar irrepetible en la comunidad de personas que llamamos “humanidad”, y solo como titulares de ese lugar son percibidos como personas por alguien que ocupa asimismo un lugar semejante. Si hacemos depender la concesión del lugar del previo cumplimiento de determinadas propiedades cualitativas, destruimos la incondicionalidad de la demanda. Quien ocupa ese lugar lo ocupa como miembro engendrado, no cooptado, de la humanidad” **(19)**.

4. Consagración del Derecho a la Vida

La nueva Constitución trata el estudio de las Garantías Constitucionales especialmente en relación con los nuevos derechos humanos básicos que no estaban tratados en la del año 25.

Para un desarrollo sistemático y verdaderamente racional de la Constitución, se hace necesaria la consagración del derecho a la vida, en virtud al menosprecio que en la actualidad la ha afectado, cometándose delitos de la más diversa naturaleza en su contra. Aun más, el sacrificio que de ella se ha hecho se estima como secundario e incluso instrumental cuando se exaltan otros valores. **(20)**.

Entre los argumentos invocados está el que este derecho es, por lo demás, inspirador de otras normas de protección que encuentran su centro en el respeto fundamental a la vida humana. En consecuencia, el derecho a la vida debe manifestarse en forma clara desde el comienzo del cuadro de los derechos que contempla la Carta, ya que el valor indudable que sostiene toda la estructura de la convivencia social y de las relaciones humanas, es el derecho a vivir **(21)**.

Antiguamente, el derecho a la vida, estaba implícito en las distintas Constituciones, sin constituir una garantía específica, consagrándose, no obstante, los demás derechos, porque se subentendía que todos ellos necesariamente se ejercían sobre una vida.

La evolución de la humanidad ha demostrado que la consagración debe ser manifiesta, ya que no se entiende que se reconozcan otros derechos a la persona humana, sin que previamente se proteja su derecho a vivir. Por lo anterior, la mayoría de las Constituciones, que anteriormente estimaban innecesario el precepto, en la actualidad lo han ido incorporando en sus Cartas Fundamentales.

Especial énfasis se da al derecho a la vida, en torno al que existe unanimidad en tratarlo como un derecho humano básico, estableciendo al mismo tiempo su excepción, la pena de muerte en caso que así lo amerite una sentencia judicial.

Se postula, asimismo, la necesidad de plantear otras excepciones que no estén amparadas en la sentencia, tal es el caso, de la legítima defensa u otros mencionados en un texto de la Comunidad Europea: “La convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del hombre y de las Libertades Fundamentales”, la que entre otros, contempla la muerte en los siguientes casos y como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;
- Para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente;
- Para reprimir, de conformidad a la ley una revuelta o una insurrección.

Esta moción, sin embargo, no encuentra acogida y el argumento que entrega el señor Ortúzar, aparte de la excesiva especificación que entraña para el texto constitucional, es el juego de valores que puede desprenderse de ello, en orden a determinar cuales son superiores **(22)**.

En opinión del señor Ovalle, la muerte producida en situaciones como la legítima defensa no constituyen una excepción del derecho a la vida, sino mas bien una proyección de este

derecho o de la vigencia de los demás derechos cuando son atacados injustamente, de esta forma se transforma en una consagración de los derechos humanos (23).

5. Naturaleza de los Derechos

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos, existen algunos –como el derecho a la vida- que tienen el carácter de absolutos, en sentido jurídico, porque obligan a su respeto por parte del Estado y de los particulares. Este mismo carácter permite que puedan reclamarse indeterminadamente de cualquier persona o autoridad. Desde ahí emana su diferencia con los derechos relativos –como los contractuales, que solo cabe reclamar de los que contraen la obligación correlativa–. Por tanto, son inalienables, necesarios, inviolables e imprescriptibles (24).

Son también de origen natural, en consecuencia el Estado no los crea, sólo se limita a su reconocimiento (25).

Especial relevancia adquiere el tema, porque estos derechos no solo deben ser respetados por los Estados y las personas, sino que además son universales, es decir pertenecen a todo el género humano, en todo tiempo y lugar, siendo innatos y congénitos, porque se nace con ellos.

La Comisión también señala que siempre pueden presentarse situaciones en que concurren distintos bienes jurídicos en una misma situación, lo que hace que uno de ellos tenga en un momento dado mayor jerarquía y merezca mas protección de la institucionalidad que otro que también se encuentra cautelado por el derecho.

A partir de esas premisas, el comisionado señor Evans propuso que el estatuto sobre el derecho a la vida debe contener tres ideas fundamentales:

- El derecho a la integridad física.
- Encomendar a la ley la protección del que está por nacer y
- Establecer que solo en virtud de ley aprobada, de sentencia judicial y en determinadas situaciones se podrá aplicar la pena de muerte (26). 22 Sesión Nº 89.

6. Protección de la Vida del que está por nacer

El derecho a la vida conlleva entregar categóricamente a la ley la protección del que está por nacer, como asimismo la protección de los que nacen con alguna tara o deformidad.

De esta manera, se elimina toda opción tanto eutanásica como eugenésica, en virtud de que este derecho cautela a todos los miembros de la comunidad, en cuanto se vean amenazados o afectados en su derecho a la supervivencia (27).

Asimismo, el hecho de proteger expresamente la vida, su efecto principal es que, salvo la pena de muerte, no reconoce otras excepciones. Desde luego bajo esta óptica se presume el

amparo a los nacidos deformes, ancianos o enfermos incurables, o a todo aquel que la ciencia califique como irrecuperable.

De esta forma, la consagración del derecho a la vida como el primero y más fundamental de los derechos, excluye de suyo el tema del aborto, haciéndolo por lo tanto ilícito **(28)**, lo que se manifiesta con especial énfasis en la redacción de la norma del inciso 2° del mismo N° 1 del artículo 19, estableciéndola en los siguientes términos: “la ley protege la vida del que está por nacer”, lo cual implica que, para la Constitución, la vida jurídicamente protegible se inicia desde la concepción y no desde el nacimiento **(29)**.

En este caso, se busca proteger al embrión humano con calidad de persona, lo cual se identifica con la idea que “el ser persona es la única modalidad de existencia que conviene a la naturaleza humana... por lo que aparece apropiado hablar del embrión humano, no como de una persona potencial, sino como una persona actual dotada de un alto potencial para su desarrollo” **(30)**. y con una clara conciencia de que la vida no tiene su origen en el nacimiento, sino que es anterior y su raíz está en la concepción **(31)**.

Sin embargo, en el tema del aborto, algunos comisionados quisieron dejar constancia de que no consideraban la prohibición del aborto como absoluta, como sí lo había hecho el comisionado Guzmán, ya que estimaban que existían situaciones que podían justificarlo:

“Estima –el Comisionado señor Ortúzar– que respecto del aborto terapéutico, cuando el derecho a la vida de la madre está en pugna con el derecho a la vida del hijo –que fue lo que, por lo menos, en lo personal, hizo mayor fuerza sobre él– existe una pugna entre dos existencias, y en el caso de la eutanasia no se produce esa pugna, de manera que son situaciones diferentes” **(32)**. Luego, al ser aclarado este punto por el comisionado señor Silva Bascañán (quien “entiende que cuando se está protegiendo en la Constitución la vida del que está por nacer, de ninguna manera se concede libertad al legislador para determinar, soberana y arbitrariamente, de qué manera va a protegerla, de modo que no le parece que pueda argumentarse que el legislador quedó libre para hacer lo que desea en materia de protección de los derechos del que está por nacer”) **(33)** puntualiza el anterior comisionado:

“lo que no se quiso hacer en la Constitución fue ni hacer permisible el aborto terapéutico ni condenarlo, y si no se ha hecho permisible ni se ha condenado es porque se le ha entregado al legislador la protección de la vida del que está por nacer, tal como ocurre hoy en día en la disposición del Código Civil, y estima que nadie podría afirmar que el aborto terapéutico constituye delito, porque no está consignado como tal” **(34)**.

Luego, en la misma sesión, el comisionado señor Ortúzar resume la postura mencionada:

“Dentro de la facultad que tendrá el legislador se podrá no considerar delito el aborto terapéutico –como entiende que hoy día no lo es **(35)**. ya que la práctica maliciosa del aborto está penada por el Código Penal, pero el aborto terapéutico no se encuentra sancionado por dicho texto legal... Se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el

derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto” (36).

Pese a estas prevenciones, sin embargo, el legislador, dentro de esas atribuciones señaladas por los comisionados señalados, optó por modificar la norma del Código Sanitario y establecer, en consecuencia, la punibilidad de todo tipo de aborto.

II Parte: Tratamiento penal del llamado "Aborto Terapéutico" en Chile (37).

1. Algunos conceptos básicos en la perspectiva jurídica

1.1. Aborto

Abortoetimológicamente significa privación de nacimiento. Desde un punto de vista jurídico, aborto es la destrucción del producto de la concepción en cualquiera etapa de la vida intrauterina (38). Incluso nuestra jurisprudencia 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 o no del cuerpo de la madre, siendo la esencial que se le haya privado de vida, aunque sea dentro del seno materno (39).

2.1. Aborto terapéutico

Por su parte, el concepto de aborto terapéutico implica que la destrucción a la que hacemos mención esté dotada de un propósito específico, el cual consiste en proteger ya sea la vida o la salud de la madre, la que se ve en peligro como consecuencia del embarazo:

“El aborto terapéutico consiste en la destrucción y expulsión del feto con la específica finalidad de salvar la vida de la madre o evitar graves riesgos para la salud” (40).

En consecuencia, esta figura puede ser estudiada en dos sentidos: en un sentido estricto, el aborto terapéutico es el que se practica cuando el embarazo está poniendo en peligro grave la vida de la madre y en un sentido amplio, se habla de aborto terapéutico, al realizarlo por la sola puesta en peligro de la salud de la gestante.

Este último tipo de aborto se excluirá de plano en nuestro estudio, puesto que “salud” es un término demasiado amplio que englobaría un sinnúmero de posibles justificaciones para la realización de un aborto. Incluso, si tenemos presente la definición de “salud” dada por la Organización Mundial de la Salud, podríamos llegar a calificar de terapéutico el aborto que se practique por problemas mentales de la madre y no solo físicos: “También es posible la indicación (de aborto terapéutico) por razones de enfermedad mental grave, aunque a veces se ha exagerado la misma, por su difícil comprobación, utilizándola para encubrir otro tipo de

motivaciones” (41), o el que se prescriba porque el embarazo cause en ella estados de angustia, depresión o cualquier atentado contra su bienestar.

Pese a la aclaración anterior, cabe hacer notar que las palabras aborto terapéutico resultan ser, si se examinan con detención, claramente incompatibles, toda vez que la idea de aborto provocado implica siempre la supresión intencionada de la vida del que está por nacer, y mal puede entenderse que tal acción pueda ser de forma alguna una terapéutica o tratamiento.

A. Aborto terapéutico directo y aborto terapéutico indirecto. La conveniencia de referirnos a “terapia a la madre con resultado de aborto indirecto”.

Para subsanar esa contradicción entre los dos términos, se suele distinguir entre aborto terapéutico directo e indirecto, teniendo presente que “con relación al peligro de la existencia de la madre o de gravísimas complicaciones permanentes, la doctrina moral católica recuerda que no se puede eliminar directamente una vida (sea la del hijo o la de la madre), 39 Corte Suprema, 6 de junio 1955. R., t. LII, segunda parte, sec.4ª, citado por Labatut Glenda, Gustavo: obra.cit. p. 127.

incluso para salvar otra vida, porque ningún fin bueno justifica el homicidio de una persona inocente. Por tanto, el aborto directo, aunque sea terapéutico, es moralmente un crimen” (42), y sin duda no estaría justificado que se le diera ese nombre, sino simplemente el de aborto.

Sin embargo, es lícita cualquier intervención curativa sobre el cuerpo de la madre que se juzgue inaplazable y eficaz, aunque luego provocase la consecuencia de un aborto. Es el llamado aborto terapéutico indirecto (como en el caso de un tumor, en que se puede eliminar el útero, aunque esté en gestación), al que denominaremos en nuestro estudio:

terapia a la madre con resultado de aborto indirecto. Así, en el caso del embarazo ectópico, puede tener intervención en la trompa en estado patológico, provocando el aborto” (43).

En esta última figura no se configura el ilícito del aborto provocado, que es sancionado por la ley penal, toda vez que el aborto resulta un efecto indirecto de la terapia utilizada y no media dolo o malicia en su provocación, como en el caso anterior, y tampoco se la estima por importantes sectores de la doctrina 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)” (44).

La aplicación de tal doctrina al caso que nos ocupa decididamente descarta la validación del “aborto terapéutico directo”, y permite su utilización en el caso de terapia a la madre con resultado de aborto indirecto: “... este principio en nuestros días se ha invocado para resolver problemas tales como los planteados por embarazos anormales. Por ejemplo, el embarazo que se desarrolla al mismo tiempo que un cáncer de útero. La intervención

quirúrgica con fin terapéutico tiene dos efectos: un efecto bueno, librar a la madre de un tumor canceroso que corre el riesgo de generalizarse y acarrear la muerte; y un efecto malo, extraer el feto envuelto en el tumor uterino, es decir, llevar a cabo un aborto. Los dos efectos son independientes entre sí: no es la muerte del feto lo que salva la vida de la madre; entre ambos hay una separación en virtud de la existencia de un tercer factor: el cáncer que debe ser eliminado. Por lo demás, hay proporción entre los efectos: la muerte del feto y la vida de la madre. Este supuesto es totalmente distinto del llamado aborto terapéutico que considera al feto un agresor de la vida de la madre. Este nunca es lícito: ni la vida de la madre ni la del hijo pueden ser sometidas a un acto de directa destrucción. Hay que hacer lo posible por salvar la vida de la madre y la del hijo” (45).

B. Casos susceptibles de tratar como terapia a la madre con resultado de aborto indirecto

Debido al gran avance de la medicina, solo unas pocas patologías podrían dar paso a la situación ya descrita. Entre ellas podemos nombrar:

- a) Embarazo ectópico o extrauterino: es aquel en que el huevo fecundado se implanta fuera de la cavidad uterina. En este caso, la atención médica extemporánea provocará el estallido de la trompa, seguida de la correspondiente hemorragia, exponiendo la vida de la madre (46);
- b) Embolia de líquido amniótico: es la presencia de líquido amniótico en el pulmón materno, agregándose como manifestaciones, el shock central y trastornos de la coagulación. Aquí la falta de un diagnóstico precoz obliga a la evacuación uterina, e incluso en algunos casos debe efectuarse la extirpación del útero (47); c) Infección ovular;
- d) Algunos casos de cáncer en que la quimioterapia y el difícil tratamiento trae como consecuencia el aborto;
- e) Preeclampsia severa temprana y eclampsia temprana.

2. Tratamiento jurídico del aborto en Chile

2.1. El delito de aborto

El Código Penal Chileno tipifica el aborto en los artículos 342 a 345, estableciendo las sanciones pertinentes al que “maliciosamente” causare un aborto. Curiosamente, este atentado no se encuentra en el título relativo a los delitos contra las personas, sino en aquel que corresponde a los atentados contra el orden de las familias, lo cual evidencia la falta de definición del legislador penal en cuanto al concepto de persona, cosa en la cual sí reparó el Constituyente de 1980 (48).

Además, importa mencionar que la pena del delito de aborto es ligeramente inferior a la pena del delito de homicidio, lo cual evidencia una vez más que el legislador penal consideró más grave dar muerte a una persona nacida que a una en gestación: “El médico tiene como función primordial de su ejercicio profesional la atención y cuidado de la vida del ser humano desde su concepción en el vientre materno hasta el momento mismo de su muerte. En esto coincide también el Derecho, que busca la protección de la vida humana dentro de esas mismas coordenadas, aunque en la intensidad de la protección influye el grado de desarrollo de la personalidad, según se trate de vida intrauterina o fetal, o de la vida humana independiente. Por este motivo, es distinta la gravedad de las penas previstas para delitos de aborto y homicidio, por ejemplo” (49).

La figura delictiva del aborto implica, al igual que los demás tipos penales, la exigencia de tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable. En efecto:

a) La característica que la conducta sea típica significa que debe tratarse de una acción o de una omisión caracterizada, prohibida y sancionada por el derecho como delito. Por ejemplo, en el delito de homicidio, la conducta típica corresponde a “matar a otro”.

Si bien el legislador penal no describió en qué consiste el aborto, se ha llegado tanto entre los autores como al nivel de la jurisprudencia a una suerte de consenso a este respecto. Respecto del tipo, hay autores que distinguen entre cuáles son sus elementos objetivos y subjetivos y entre estos últimos, se considera al dolo o “malicia”, lo cual es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, ya que lo sancionado por el Derecho es el causar un aborto “maliciosamente”, con intención de provocarlo, con decisión que implica el resultado de muerte de la criatura por nacer.

b) Antijurídica: es el resultado que se produce al comparar la conducta típica con la exigencia que plantea el ordenamiento jurídico, el Derecho (50). En nuestro Código Penal, la antijuridicidad se entiende como contradicción con el ordenamiento jurídico, lesiva, actual o potencialmente, de los bienes jurídicos por él protegidos, ya sea de manera material o formal (51). De esta manera, el concepto abarca tanto los aspectos sustantivos como puramente formales contenidos en las respectivas normas jurídicas que implican la protección de bienes, tal como, en el caso que nos ocupa, lo es la vida.

Precisamente el aborto es un claro atentado contra la vida humana, la cual, pese a las indefiniciones ya mencionadas, la ley chilena ha optado por proteger de una cierta manera desde el momento de la concepción.

c) Culpable: Esta característica se refiere al juicio moral que puede hacerse respecto de la conducta, la cual no solo es típica y antijurídica, sino culpable: “La culpabilidad es reprochabilidad de un hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya (52).

De esta forma, el aborto punible es aquella figura que consiste en dar muerte al niño en gestación, con intención de provocarlo, a sabiendas que ello representa una infracción del Derecho y ejecutándolo no obstante haber podido someterse a los mandatos del ordenamiento jurídico.

2.2. El aborto terapéutico en el Código Sanitario

El artículo 119 del Código Sanitario, hoy derogado, dictaba: “Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá de la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

Resulta interesante vincular esta norma con el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en el Título II: De los Deberes del Médico hacia los enfermos, ya que en su artículo 26 trata este tema en los términos siguientes:

El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción. El aborto procede solamente cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- a) Se efectúa como medida terapéutica;
- b) La decisión sea aprobada por escrito al menos por dos médicos escogidos por su competencia;
- c) La operación sea efectuada por un médico especialista. Si el médico considera que su convicción no le permite aconsejar o efectuar un aborto, él debe retirarse, permitiendo la continuidad del cuidado médico con otro médico calificado”.

Ambas normas tenían en común el hecho de autorizar la producción de un aborto solo con fines terapéuticos. Sin embargo, en ninguna de las dos se determina qué especie o clase de terapia es la que requiere de un aborto para su realización, ni mucho menos indica a qué objetivo ha de dirigirse esta, por lo cual se daba fácilmente cabida tanto a las figuras directas como indirectas de aborto y en muchos casos, como consta de la historia de la aplicación de la ley, admitió incluso la realización de conductas relacionadas con el aborto eugenésico en su nombre, ya que se llegó a pensar que la terapéutica exigida podía consistir en liberar a los padres de un hijo con malformaciones severas o aun mas, liberar a una criatura por nacer de una existencia que se consideraba apriorísticamente desdichada o de mala calidad.

Precisamente tales circunstancias, sumadas a una especial consideración respecto del rango del respeto que otorga la Constitución a la vida humana, colaboraron en la derogación del mencionado artículo del Código Sanitario, pero ello no ha impedido que en la actualidad surjan voces partidarias de reponer esta norma, argumentando que de otra manera incluso el aborto indirecto resulta un crimen y que, como consecuencia de ello, se comete la injusticia de no considerar que la conducta del médico en estos casos no se dirige a la destrucción del niño por nacer sino a la protección de la vida de su madre. También se han invocado para justificar estas pretensiones, las opiniones ya transcritas de los comisionados que

consideraban que el aborto terapéutico podría ser una de las excepciones de la penalización que hiciera el legislador respecto del atentado contra la vida del que está por nacer.

Por esta razón, conviene examinar, a la luz del Derecho Penal chileno actualmente vigente, si la conducta consistente en la aplicación de una terapia a la madre con resultado de aborto indirecto puede o no considerarse punible.

2.3. Situación penal actual de las conductas consistentes en aplicación de terapias a la madre con resultado de aborto indirecto

Para abordar este tema, resulta esencial recordar lo ya dicho acerca de la figura del aborto como una conducta típica, antijurídica y culpable.

A. Tipicidad de la conducta

Para determinar si, en la especie, estamos en presencia o no de una figura típica, debemos sin duda dirigirnos a las partes integrantes del delito de aborto, ya que la atipicidad proviene “de la falta de los requisitos descriptivos del tipo, esto es, la imposibilidad de subsunción por incongruencia entre la conducta llevada a cabo y la especificación típica” (53).

En el caso del delito de aborto, la conducta no solo implica la destrucción y privación de la vida del embrión o feto, sino que tal efecto haya sido querido y buscado por el autor de la conducta, de allí su calificación de “maliciosamente”, elemento subjetivo que pasa a integrar el tipo. De esta forma, no todo aborto provocado se constituye en delito, sino aquél en el que ha mediado dolo o malicia.

De esta forma, el llamado aborto terapéutico directo claramente representa una figura típica, porque se busca expresamente la muerte del niño en gestación en aras de preservar la vida o la salud de su madre, se quiere la muerte de éste.

En cambio, en la aplicación de terapias que dan como resultado un aborto indirecto, si bien el niño muere, este no es un efecto buscado, por el contrario, tal hecho se debe a la imposibilidad real de salvar la vida de la madre y la del hijo, cosa que hubiera hecho de haber tenido los medios (como por ejemplo, si la ciencia posibilitara el reimplante uterino de un niño mal alojado, situación del embarazo ectópico): “La acción que no se lleva a cabo dolosamente o a la cual no se puede atribuir una ejecución culposa, no es una acción típica, porque es imposible subsumirla en un tipo legal, que requiere siempre del elemento subjetivo del dolo o la culpa” (54).

Sin embargo, no existe consenso entre los autores sobre el contenido de la tipicidad, ya que para algunos, aunque la propia ley determine que una acción u omisión, para constituir delito, debe ser realizada “maliciosamente”, consideran que el dolo malicia no es parte del tipo, sino alusión a la antijuridicidad de la conducta.

B. Antijuridicidad de la conducta

El Derecho contempla las llamadas “causales de justificación” que representan “circunstancias que eliminan la antijuridicidad del hecho” (55) y que se dividen de acuerdo con la doctrina, en aquellas que se fundan en ausencia de interés, en la existencia de un interés preponderante o en la actuación de un derecho (56).

Si consideramos que, como se ha dicho, un sector de los estudiosos del Derecho Penal consideran que la malicia es un componente de la antijuridicidad, deberemos examinar qué causales de justificación pueden significar, entonces, la exclusión de dicha malicia o dolo y, en consecuencia, de la antijuridicidad a propósito del delito de aborto.

a) La legítima defensa

Respecto de los delitos contra la vida, la causal de justificación de legítima defensa, que consiste en “un acto típico, racionalmente necesario para impedir una agresión ilegítima, realizada por un particular y que recae sobre el agresor o sobre los medios de los cuales se sirve” (57) es un muy importante tema, no solo porque nos enfrenta a la situación o de si es o no absoluto el derecho a la vida, sino porque nos demuestra la capacidad de defensa que una persona agredida puede tener respecto de ese bien o del mismo, cuando es vulnerado a los demás.

Implica, en el caso de esta figura punible, la justificación de “matar a otro” cuando se produce por parte de la víctima una agresión ilegítima contra el autor u otra persona, cuando exista racionalidad del medio empleado para repelerla y cuando no haya mediado provocación suficiente por parte de quien ejecuta la conducta típica pero justificada. Sin embargo, esta figura no es posible de aplicar a ninguna clase de aborto, ya que si bien pudiera entenderse como sinónimo de “agresión” al posible daño que derive a la madre su embarazo –cosa que resulta más que aventurada, jurídicamente hablando–, en lo absoluto puede entenderse como una agresión ilegítima o contraria a Derecho, ya que la criatura en gestación no tiene conocimiento ni participación alguna en el daño real o eventual que pueda sufrir su madre como consecuencia de mantener el proceso de gestación. Igualmente, en los casos de aborto por honor, cuando la mujer ha sido víctima de una violación y a consecuencias de ella resulta embarazada, tampoco es aplicable la figura de la legítima defensa para justificar un aborto, ya que el niño que resultará muerto no ha sido el agresor de su madre, por lo cual no existe identidad entre quien agrede y quien es atacado en una presunta defensa.

b) Estado de necesidad justificante

Esta causal de justificación consiste en “la situación de peligro actual en que se encuentran los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, en el cual no existe otro recurso, para la protección de aquellos de mayor valor, que la lesión o el sacrificio de los que tienen menor valor” (58).

De allí, entonces, que el estado de necesidad, desde el punto de vista conceptual, requiera para ser tenido en cuenta como circunstancia de justificación de una conducta típica:

b.1 Una situación de peligro actual: Este peligro debe ser de tal entidad que constituya una amenaza cierta de daño, pero con la precisión de que tal amenaza no debe emanar de la imposición misma del derecho, sino de la naturaleza, de un caso fortuito, de la fatalidad o incluso de una acción ilegítima que pudiera sufrir el sujeto.

b.2 El peligro ha de afectar a un bien que el ordenamiento jurídico protege y que se considera de relevancia frente a la eventual lesión que se puede cometer para defenderlo, como por ejemplo el derecho a la vida o a la integridad física y psíquica.

b.3 Frente al peligro señalado, el sujeto activo del estado de necesidad debe encontrarse en una situación tal, que implique la no practicabilidad de otro medio menos perjudicial, lo cual hace esta característica análoga al requisito de necesidad racional del medio empleado, en la legítima defensa.

b.4 Sobre la base de los elementos anteriores, el sujeto debe realizar una acción protectora, destinada a eliminar el peligro o la agresión que se desencadena en contra del o de los bienes jurídicos puestos en peligro. Esta acción puede ejercitarse en beneficio propio o de terceros, siempre y cuando ni el que actúa ni dichos terceros hayan realizado una conducta ilícita motivadora del mal o del peligro, en cuyo caso la acción que realiza el sujeto podrá considerarse exculpada eventualmente por no exigibilidad de otra conducta, pero no podrá bajo ninguna perspectiva excluir la antijuridicidad del hecho.

b.5 Finalmente, la acción protectora debe significar una vulneración o lesión de otro bien jurídico protegido por el ordenamiento. Sin embargo, respecto de ella no se produce intencionalidad, es decir, no se busca por el sujeto que actúa el daño o lesión de ese bien, sino que este es consecuencia necesaria de la acción de protección que inevitablemente debió realizar. En consecuencia, la dirección de la acción no está determinada a causar la lesión, sino a la protección de un determinado bien que se considera jerárquicamente superior, de lo cual emana como resultado no-querido pero sí aceptado, la lesión de otro bien menos importante.

Para algunos autores del Derecho Comparado, el “aborto terapéutico directo” se encuentra justificado por estado de necesidad, lo cual obviamente implica considerar que la vida del niño en gestación, en esa situación concreta de riesgo para la vida o de afectación para la salud de su madre, pasa a ser considerada como un bien inferior, lo que no es otra cosa que una repetición del desconocimiento de la calidad de persona de ese niño (59).

Evidentemente esa solución resulta del todo inaceptable en el ámbito constitucional chileno que ya hemos descrito. Sin embargo, tampoco la terapia aplicada a la madre con resultado de aborto indirecto puede ser considerada en Chile como justificada por estado de necesidad.

Tal aseveración se justifica por la forma en que la causal se ha construido en nuestro ordenamiento nacional. En efecto, se encuentra contemplada en el artículo 10 N° 7 del Código Penal, el cual expresa: “Están exentos de responsabilidad penal... 7° El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar; 2ª. Que sea mayor que el causado para evitarlo; 3ª. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

El bien jurídico atentado tiene, sin duda, la misma amplitud que describíamos antes desde el punto de vista conceptual, es decir, puede ser tanto un bien de tal entidad como el derecho a la vida, como asimismo otro que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico. Asimismo, puede tratarse indistintamente del derecho del mismo sujeto que actúa como del derecho de un tercero siempre que, como ya se ha explicado, no se haya creado el “mal” como consecuencia de una acción ilícita de su titular, ni se esté obligado a tolerarlo por imposición del derecho.

Sin embargo, donde sí se produce una suerte de restricción desde el punto de vista de la comparación de la figura del Código con la conceptual, es en cuanto al bien jurídico susceptible de vulneración o lesión como resultado de la acción protectora del sujeto, pues el artículo 10 N° 7 lo limita de modo terminante al “daño en la propiedad ajena”. De esta forma, sin perjuicio de que exista cierta amplitud respecto al bien jurídico que será defendido por la acción protectora del agente, el bien que resultará vulnerado por ella no puede ser sino la propiedad de otro, y no un bien de naturaleza distinta, y en una forma que, de no mediar el estado de necesidad, sería constitutiva de delito, lo cual es precisamente lo que explica la aplicación de la causal respectiva.

Esta última precisión resulta en extremo importante por dos causas: Primero, porque, cuando el Código Penal habla de “propiedad”, lo hace siempre en sentido estricto y en lo relativo a la que puede ejercerse sobre cosas corporales o sobre derechos de connotación patrimonial **(60)**, por lo cual debe excluirse aquí la pretensión de introducir como posible bien vulnerado a la propiedad sobre el resto de los derechos **(61)** –lo cual nos ahorra entrar aquí a las precisiones constitucionales acerca de considerar a la vida como parte del patrimonio de un sujeto–; segundo, porque de ello emana la clara conclusión de que la conducta “matar a otro” o, en general, la privación de la vida o el atentado contra la integridad física o psíquica de otro ser humano, no podrá

nunca ser considerada como liberada de antijuridicidad por esta causal de justificación, dentro del ordenamiento jurídico chileno (62).

De esta forma, entonces, sería imposible considerar que el Código Penal ha autorizado, por la vía del estado de necesidad, a cometer conductas tales como el aborto “terapéutico” –pues no existiría causal de justificación para privar a un ser humano de la vida para salvar la de otro– ni tampoco podría considerarse como validada por el derecho la conducta consistente en “matar a otro” o en “dejarlo morir” para salvaguardar valores tales como su dignidad o su presunto derecho a “bien morir”.

c) Obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de un derecho

Esta causal de justificación, que se encuentra contemplada en el artículo 10 N° 10 y en la primera parte del N° 12 del mismo artículo, en el Código Penal, consiste en obrar “en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo” y en incurrir “en una omisión, hallándose compelido por causa legítima”. La redacción de la causal ha dado lugar a bastante polémica entre la doctrina y a dudas que podemos sintetizar como sigue: La redacción pareciera inducirnos a pensar que en estos casos se trata de figuras que excluyen la tipicidad de la conducta y no su antijuridicidad, ya que no se hace paralelo con derecho dañado alguno, sino que parece hacerse referencia sólo a la acción que se realiza dentro de las atribuciones o mandatos que el Derecho ha previsto, lo que resulta erróneo, pues estamos en presencia de una acción u omisión que de suyo es típica, pero que precisamente se encuentra justificada por estar dentro del legítimo ejercicio de un deber o de un derecho, y en consecuencia, que atañe sólo a quien lo ostenta o está obligado jurídicamente a él.

La falta de un listado de deberes y de derechos que justifican una acción típica y neutralizan, en virtud de su existencia, la antijuridicidad, se explica porque estos se encuentran repartidos en numerosas leyes y normas, las que sin duda no son abarcables por el Código Penal. En consecuencia, esta causal solo admite el dar ejemplos ilustrativos y se encuentra en exceso abierta, si la comparamos con la rigurosidad que exige el estado de necesidad justificante y en cierta manera, también, la legítima defensa. Analicemos, pues, las características presentes en cada una de las posibilidades que la figura ofrece:

c.1 Obrar en cumplimiento de un deber: una dificultad que, de suyo, presenta esta causal, es la definición misma de deber, ya que sin duda hay deberes tanto de naturaleza ética como jurídica que se imponen a las personas. Sin embargo, la doctrina ha entendido, que aquí la idea de deber alude a deberes jurídicos procedentes de normas imperativas, cuyo incumplimiento acarrea sanciones para el infractor, cualquiera que sea su naturaleza, por lo cual no queda a su arbitrio realizar o no la conducta respectiva, como puede ocurrir con el conocido caso de la obediencia debida⁶³. Sin embargo, tal precisión no basta para dilucidar el tema, ya que no existe una norma que resuelva cómo opera la

jerarquización entre deberes, cuando el cumplimiento de uno puede generar el incumplimiento de otro, aún más, transformándose tal incumplimiento precisamente en la conducta típica que se trata de examinar si será antijurídica o no.

c.2 Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo: en esta parte de la figura es precisamente donde se produce una multiplicidad de normas invocables, tanto en lo relativo a la legislación civil, como administrativa, a la existencia de contratos válidos, y desde luego, a todas aquellas que entregan atribuciones o potestades relativas al desempeño de una profesión, de un oficio o de un cargo, lo cual entraña importancia para nuestra materia de estudio.

c.3 Omisión por causa legítima: para alguna parte de la doctrina, el hecho de que la omisión tenga una causa legítima, corresponde a la existencia de una colisión de deberes, por lo cual la causal ha de regirse por lo dicho a propósito del estado de necesidad. Sin embargo, aquí no se exige la necesidad de evitar un mal, como en el caso de este, por lo cual esa interpretación se ha tendido a desechar, estimando que la legitimidad de la razón que motiva la omisión, corresponde más bien a la pugna entre dos normas imperativas –debe incumplirse una para realizar la otra– o entre una norma prohibitiva y una imperativa –debe incumplirse la prohibitiva para cumplir con la imperativa–.

Si examinamos las figuras antes reseñadas, sin duda estas aparecen como plenamente aplicables para eximir de antijuridicidad a la conducta “matar a otro”. De esta forma, se encontrará en este caso quien cumple con un deber matando a otro –el soldado en una guerra o el que es parte de un pelotón de fusilamiento-; quien lo hace dentro del legítimo **(63)** Cousiño Mac-Iver, Luis: Obra cit, p. 439.

ejercicio de un derecho (como el derecho a defensa, que en sí está contemplado como causal de justificación) y el que omite salvar la vida de otro por una causa legítima (por ejemplo, porque él mismo se encuentra en peligro y salvar su propia vida, le impedirá salvar la de otro).

La pregunta que corresponde hacernos, es si estas posibilidades son asimismo aplicables al aborto y en qué medida, teniendo una vez más en cuenta que esta no constituye un tipo dentro del ordenamiento jurídico chileno.

En esta oportunidad, es nuevamente necesario distinguir entre la figura del aborto terapéutico directo y la aplicación de una terapia a la madre con resultado de aborto indirecto.

En el primer caso, no podemos considerar la conducta justificada por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho ni tampoco estamos en presencia de una omisión por causa legítima, ya que el médico ostenta

jurídicamente la calidad de garante de la vida y la salud de sus pacientes, dentro de las posibilidades que la ciencia y sus capacidades le brindan, y el niño en gestación es tan paciente como su madre, por lo cual buscar intencionadamente su muerte, aun por razones de salud o de vida de la madre, no puede justificarse sobre la base de incumplir los deberes hacia con él o de omitir las conductas de salvaguarda que merece.

Por el contrario, en el segundo caso, sí hablamos propiamente del cumplimiento del médico respecto de sus deberes y del ejercicio legítimo de su profesión, ya que la terapia aplicada busca, en la medida de lo posible, salvar la vida de la madre y del hijo, pero como un efecto indirecto y no-querido se produce el aborto. En consecuencia, de no haber actuado el médico, hubiera faltado a sus deberes profesionales no solo desde el punto de vista jurídico, sino ético.

De esta forma, si llegásemos a descartar que en este caso el actuar del médico presenta atipicidad por falta de dolo o malicia, necesariamente deberíamos concluir que se encuentra amparado por la causal de justificación de haber obrado en cumplimiento del deber o en ejercicio legítimo de una profesión, de lo cual ha derivado un resultado no querido en términos de la doctrina del doble efecto (64).

Conclusiones

En materias tales como la consagración del derecho a la vida y la consideración del niño por nacer como persona humana y, en consecuencia, digna y merecedora de respeto y de protección, la Carta Fundamental de 1980 ha significado un genuino avance para el Derecho chileno, superando erradas interpretaciones procedentes de una indexación terminológica de conceptos procedentes del Derecho Civil y del Derecho Penal chilenos.

Bajo el régimen actualmente vigente, constituye un ilícito no solo penal sino también constitucional atentar contra la vida de una persona, particularmente contra la de una persona por nacer, particularmente indefensa y que debe, por ello, ser especialmente amparada.

Dentro del conjunto de ilícitos posibles que de la situación antes descrita se derivan, se comprende el aborto, delito consistente en dar muerte intencionadamente al niño por nacer mediante cualquier clase de manipulación y sin que importe si esta se consuma mientras se encuentra en el vientre materno o previa expulsión de él.

Sin embargo, tanto en el derecho comparado como en nuestro ordenamiento nacional, se ha considerado una especie de excepción al llamado “aborto terapéutico”, figura cuyo nombre induce a graves confusiones conceptuales, pues parece estimar posible que pueda existir una terapia consistente en dar muerte a una criatura humana, aparentemente justificada por querer salvar la vida de su madre o preservar la salud de esta.

Por eso, hemos considerado preferible distinguir entre “aborto terapéutico directo”, que en realidad es propiamente un aborto, para el cual se esgrime querer cuidar de la salud o de la

vida de la madre, y “terapia a la madre con resultado de aborto indirecto”, que implica la aplicación justificada de una medida terapéutica en caso de riesgo vital de la madre, la cual puede provocar un resultado no querido y que se hubiese evitado de haber sido posible, que es el aborto de la criatura en gestación. Esta última situación se encuadra con la doctrina del doble efecto.

En atención a que se derogó del Código Sanitario Chileno la figura del aborto terapéutico, hay quienes han postulado que debiera renovarse dicha figura a fin de evitar que una conducta médica legítima pudiera derivar en responsabilidades penales para el médico y para la madre.

No compartimos tales aprehensiones.

Por una parte, la figura del “aborto terapéutico directo” no puede bajo ninguna circunstancia ser validada por el Derecho, ya que constituye efectivamente una conducta delictiva y dolosa en contra de la vida de un niño en gestación, pretendiendo justificar tal cosa en que la situación de embarazo sería agresora para la vida o la salud de su madre. En atención a que este tipo de aborto niega la condición de persona del niño por nacer y, en consecuencia, subordina su derecho a la vida y su integridad física a los de su madre, no solo no tiene cabida en la legislación penal, sino que resulta incompatible con los principios de la Carta Fundamental.

A diferencia de ello, la aplicación de una terapia a la madre con resultado de aborto indirecto, puede ser considerada como una conducta carente de tipicidad por ausencia de dolo, o, en el caso de estimarse que tales aspectos subjetivos residen en la antijuridicidad, puede sin lugar a dudas calificarse como una conducta justificada por la causal de obrar en cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de una profesión. Mas no así por la legítima defensa o por el estado de necesidad, que no se compadecen con la vulneración de la vida de un niño en gestación.

De esta forma, al quedar amparada por el derecho esta última situación, que nos parece la única compatible con la Constitución de aquellas que aparecen inmersas en el llamado “aborto terapéutico”, es claro que no existe justificación o razón alguna para pretender reintroducir la figura del aborto terapéutico en Chile, lo que no sería más que la puerta de entrada para la lenta pero persistente legalización de todo tipo de abortos y para desarrollar el más flagrante atentado contra uno de los pilares fundamentales del orden constitucional chileno, que es la vida de la persona humana.

Bibliografías

1 Esta parte ha sido realizada con la valiosa colaboración de las ayudantes egresadas de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señoritas Paola Rivas y Eliana Zúñiga.

2 Fernández Segado: El Sistema Constitucional Español (Madrid, Dikynson, 1996), p. 163.

3 Romeo Casabona, Carlos: El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana (Madrid, Ed. Ceura, 1996), p. 66.

4 Fernández de Buján, Federico: La Vida, principio rector del Derecho (Madrid, Dykinson, 1999), p. 117.

5 Tribunal Constitucional Español, en sentencia 53/85 de 11 de abril, citada en Ibíd.

6 En algunos ordenamientos jurídicos, como el español, se ha evitado incluso utilizar el vocablo “personas” y se ha preferido emplear la palabra “todos”, precisamente para evitar el conflicto que surge con la utilización de una palabra previamente definida por el Código Civil y que, exige, entre otros requisitos, el hecho de nacer: “Los grupos parlamentarios que apoyaron la enmienda, lo hicieron desde la defensa del objetivo pretendido con la misma que trataba de incluir a los no nacidos en la amplia protección que se proclamaba”, supra nota 3, p. 119.

7 “... Toda persona tiene derecho a la vida. Hemos visto que la razón fundamental para adoptar esta idea deriva de lo que es ser una persona. Un ser con conciencia de su propia existencia en el tiempo y con capacidad para tener necesidades y planes a futuro”: Singer, Peter, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional (Barcelona, Paidós, 1997), p. 213. Aquí el autor se refiere a lo que se ha venido a llamar el concepto relacional de persona.

8 En el mismo criterio relacional de persona, un individuo en estado vegetativo persistente puede ser considerado carente de tal calidad.

9 Sesión N° 87, p. 10, párrafo 4.

10-11 Sesión N° 18, párrafo 4, p. 23.

12 Sesión N° 24, párrafo 5, p. 3.

13 Sesión N° 89, párrafo 1, p. 5.

14 Sesión N° 83.

15 Sesión N° 93, párrafo 4, p. 5.

16 Sesión N° 93, p. 5, párrafo 3 y p. 6, párrafo 5.

17 Sesión N° 93, p. 8, párrafo 6.

18 Spaemann, Robert: Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien” (Pamplona, Eunsa, 2000) p. 163.

19 Ídem, pp. 227 y ss.

20-21 Sesión N° 89.

23 Sesión N° 89, p. 4, párrafo 3.

24 Sesión N° 84, pp. 16 y 17, párrafos 4 y 1, respectivamente. Para mayor profundidad ver Panorama

de los Derechos Humanos, de Jorge Iván Hübner, al que en la sesión se hace referencia. 25 Sesión N° 84, p. 15, párrafo 9.

26 Sesión N° 89

27 Sesión N° 90.

28 Sesión N° 84, p. 13, párrafo 8.

29 Sesión N° 90, p. 18, párrafo 1.

30 Possenti, Vittorio: “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano” en C.I. Massini y P. Serna (editores), El Derecho a la Vida, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 143.

31 Sesión N° 87, p. 13, párrafo 5.

32 Sesión N° 90, p. 14.

33 Ídem, p. 15.

34 Ibíd.

35 Ello se debe a que en el momento de discutirse este tema, se encontraba vigente la norma del Código Sanitario que lo autorizaba, según veremos después.

36 Sesión 90, p. 16. Otros comisionados, como el señor Evans, consideraron que también debía dejarse abierta la posibilidad de no considerar delito el aborto en caso de violación, vid. p. 19 de la misma sesión.

37 Esta parte de la investigación se ha realizado contando con la valiosa colaboración de la ayudante señorita Patricia Aguilar, estudiante de 5° año de Derecho en la Pontificia Universidad Católica.

38 Labatut Glenda, Gustavo: II Derecho Penal parte especial (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996, séptima edición), p.126.

40 Romeo Casabona, Carlos María: I El Médico y el Derecho Penal. La actividad curativa (Barcelona, Bosch, 1981), p. 185.

41 Ídem, pp. 185 – 186.

42 G. Davanzo: Diccionario Enciclopédico de teología Moral (Madrid, Paulinas, 1978) pp.15-16, citado en Precht Pizarro, Jorge: “Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 N°3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992) pp. 511-512.

43 Ibíd.

44 Supra nota 35, p. 193.

45 Cuervo, Fernando: Principios morales de uso más frecuente. Con las enseñanzas de la Encíclica “Veritatis Splendor” (Madrid, Rialp, 1995, 3ª. Edición), pp. 82–83.

46 Ministerio de Salud. Departamento de Programas de las personas, Salud Materna: Texto guía para la atención de los accidentes del embarazo, parto y puerperio (Santiago, 1982) citado por Sanhueza Romero, Juana: “Tratamiento jurídico del aborto terapéutico (modificación introducida al artículo 119 del código Sanitario)” Revista de Derecho, Universidad de Concepción, vol. LVIII, N° 87, p. 33.

47 Ibíd.

48 Vale la pena señalar que incluso no existe en nuestra legislación penal el cuasidelito de aborto o aborto culposo, a juicio de algunos autores, “porque el embrión o feto no es persona y el legislador no lo señaló expresamente”: Labatut Glenda, Gustavo: ob. cit, p. 216.

49 Romeo Casabona, Carlos María: El médico ante el Derecho (Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, 1ª. Reimpresión), p. 36.

50 Miranda Carrington, Sergio: Apuntes de clases (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998), p. s/n.

51 Cousiño Mac-Iver, Luís I Derecho Penal Chileno. Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975), p. 87.

52 Cury Urzúa, Enrique: II Derecho Penal, Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, 2ª. Edición actualizada), p. 7.

53 Cousiño Mac-Iver, Luis: II Derecho Penal Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979), p. 106.

54 Ídem, p. 109.

55 Mezger, Edmund: I Tratado de Derecho Penal (Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1955), p. 408.

56 Cury Urzúa, Enrique: Orientación para el estudio de la Teoría del delito (Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 2ª. Edición, 1973), p. 158.

57 De Rivacoba, Manuel: “Del fundamento a la defensa en la legítima defensa” en Homenaje a R.P. Julián Pereda (s/d edición), p. 251.

58 Cousiño Mac-Iver, Luis: Supra nota 46, p. 331.

59 Vid. Por ejemplo Borja Jiménez, Emiliano: “Aborto y estado de necesidad motivado por una grave situación económica y social” en Revista General de Derecho, año XLVII, N° 561 (Valencia, junio de 1991), p. 4758, quien, comentando la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 11 de diciembre de 1990, concluye: “el juzgador contempla en este supuesto una causa de justificación desde el momento en que parece concebible la existencia de un conflicto de bienes jurídicos en el que la dignidad de las personas afectadas, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. La atención primaria y la educación de los hijos e incluso la propia salud de alguno de sus miembros integrarían el objeto de protección jurídica que inclinaría la balanza a favor del mismo frente a la tutela de la vida dependiente, quedando la conducta abortiva aprobada por el propio ordenamiento jurídico”.

60 “La palabra propiedad está usada aquí como sinónima de derechos patrimoniales, al igual que sucede en el Título IX del Libro Segundo, vale decir, delitos de hurto, robo, usurpación, defraudaciones, estafas y otros engaños, incendios, estragos y daños”: Novoa, Eduardo: Curso de Derecho Penal Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), p. 385.

61 “Sería peligroso autorizar los daños graves que pudieran inferirse a las personas al amparo de esta disposición... y en cuanto a daños leves, no vale la pena consignar una disposición que rara vez tendría aplicación y se prestaría para abusos”. Actas De La Comision Redactora Del Codigo Penal (121ª. Sesión, 24 de marzo de 1873), p. 218.

62 Ya que, aunque ciertos autores postulen, como se hizo en el Proyecto de 1936 de Silva-Labatut, la posibilidad de atentar en estado de necesidad “contra el derecho de otra persona”, sin restringirlo a lo patrimonial, ello no significará nunca abrir esta posibilidad hacia el atentado contra la persona misma: “La intangibilidad de la existencia, sea total o parcial, no puede justificar jamás un ataque en su contra, a pretexto de estado de necesidad, salvo por aplicación del principio de insignificancia o de medidas sanitarias en el supuesto de graves calamidades públicas”, Cousiño Mac-Iver, Luis, obra cit, p. 395. 177 Aspectos jurídicos del llamado ‘aborto terapéutico’ en Chile.

64 No estudiaremos aquí la situación de la culpabilidad del autor, ya que situaciones tales como la no exigibilidad de otra conducta no corresponden específicamente a la situación jurídica de la figura penal, sino a la responsabilidad de las personas.