

# Análisis del proyecto de ley de "despenalización" del aborto

José Ignacio Martínez Estay

Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo

Universidad de los Andes

International Research Group in Human Rights and Rule of Law

University of Regensburg/Universidad de los Andes

Doctor en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

# RESUMEN

- 1. De qué trata en realidad el proyecto
- 2. Vida y derecho a la vida
- 3. Titularidad del derecho a la vida
- 4. Aborto, principio de juridicidad y proporcionalidad
- 5. Derecho, Constitución y progresismo
- 6. Conclusiones

# DE QUÉ TRATA EN REALIDAD EL PROYECTO

- Hay varios modelos para abordar las tres dramáticas situaciones que contempla el proyecto, entre otros:
  1. Modelo de “exculpación” frente a determinadas situaciones (inexigibilidad).
  2. Modelo de despenalización en sentido estricto (renuncia a pena y sustituye).
  3. Sistema de “plazos” (antes del que fije el legislador no hay ser humano protegible; decide la mujer).
  4. Sistema de indicaciones (o causales): nonato= mero interés, no es un sujeto (la mujer decide limitadamente).
  5. Modelo de “aborto libre”: autonomía madre, disponibilidad absoluta no nacido (la mujer decide absolutamente).
  6. Equivalentes “funcionales” (interacción de normas de conducta; sancionadoras - incluyendo exculpación y eximentes - y procesales), que pueden llevar a 1) exculpar y 2) renunciar a la persecución penal).
- El proyecto de ley del ejecutivo propone “despenalizar” el aborto en tres supuestos. Formalmente es un proyecto de despenalización.

# DE QUÉ TRATA EN REALIDAD EL PROYECTO

- Los puntos de partida y las consecuencias de los modelos son distintos:
  - En los modelos de “exculpación”, despenalización y otros modelos con equivalentes “funcionales” el no nacido es titular del derecho a la vida, en concreto del derecho a nacer.
  - En los modelos de “plazo”, y el de “indicaciones” el no nacido no es sujeto, sino sólo bien jurídico, un objeto susceptible de protección jurídica. El aborto pasa a ser un derecho de la mujer, que el Estado debe amparar y satisfacer. En el de aborto libre el no nacido no es ni siquiera un interés o bien jurídico.
  - **El proyecto de ley no es de despenalización, sino que de indicaciones, y en el caso de la causal de violación agrega el de plazos:** a la mujer se le atribuye la facultad de decidir si continúa o no con el embarazo en los casos que se contemplan. El no nacido es sólo un bien jurídico, un objeto de protección, no un sujeto, y por eso carece de dignidad humana. ¿Es esto compatible con lo que dicen la Ciencia y el Derecho? Veamos

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE ENSEÑA EL CONSTITUCIONALISMO

- Para el constitucionalismo los derechos son atributos inalienables del ser humano:
  - Los hombres están dotados de “ciertos derechos inalienables” (Declaración de Independencia de E.E.U.U., 1776).
  - “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, 1789).
- Derechos humanos = derechos de todo ser humano por el sólo hecho de serlo.

# VIDA Y DERECHO A LA VIDA

- La vida, realidad prejurídica
  - Simplemente se tiene (como la dignidad, la libertad y la igualdad).
  - No es “adjudicable”: se tiene vida no porque lo diga la ley o el juez.
- Significado del derecho a la vida
  - Derecho a defender la vida.
  - Derecho a que no se nos prive de ella directamente.
  - Derecho a que se proteja.
  - ¿Derecho a nacer? El problema de la titularidad del derecho a la vida.

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE LA CIENCIA

- El desarrollo del ser humano es un continuo ininterrumpido:

“[E]l desarrollo se inicia con la fecundación, proceso mediante el cual el gameto masculino o espermatozoide y el gameto femenino u ovocito se fusionan y originan un cigoto” (Sadler, T.W.: Langman Embriología médica, Barcelona, Walter Kluwer/Lippincott Williams & Wilkins, 12ª ed., 2012, 10).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE LA CIENCIA. EL DESARROLLO DEL SER HUMANO ES UN CONTINUO ININTERRUMPIDO (SADLER, 2012)



# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE LA CIENCIA

- El embrión es un ser humano:
  - El padre de la genética moderna, Jérôme Lejeune (descubridor del trisoma 21), decía que si un cigoto es producto de la unión de gametos humanos es un ser humano, porque es un ser y es humano (*¿Qué es el Embrión Humano?*, Madrid, Rialp, 1993).
  - Moore y Persaud dicen que el “cigoto o embrión es el comienzo de un nuevo ser humano” (*Embriología clínica*, Madrid, Elsevier, 8ª ed., 2009, 2).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICEN LAS NORMAS

- Art. 55 Cód. Civil

“Son personas **todos los individuos de la especie humana**, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

- Art. 19 N° 1 Constitución

La Constitución asegura **a todas las personas:**

El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

**La ley protege la vida del que está por nacer.**

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICEN LAS NORMAS

- Además nuestro Derecho consagra un sinnúmero de normas que demuestran que el no nacido es un sujeto que debe ser protegido y que también es persona a efectos patrimoniales y de derechos de contenido económico:
  - *Cód. Civil: Artículos 75, 181.*
  - *Cód. Orgánico de Tribunales: Artículo 369.*
  - *Cód. Sanitario: Artículo 16.*
  - *Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias y sus modificaciones (Leyes N°s. 19.741 y 20.152).*
  - *Ley sobre Impuesto a la Renta (D.L. N° 824, de 1974): Artículo 7.*
  - *Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana: Artículo 1.*

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- En la sentencia rol N° 740 el TC sostuvo que:
  - “el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción (considerando 54).
  - “el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales” (considerando 55).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia rol N° 740:

“el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona – **incluyendo al *nasciturus***- el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres” (considerando 56).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia rol N° 740:

“la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19” (considerando 58).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia rol N° 740:

“Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si sólo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento” (considerando 58).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE DICE LA CORTE SUPREMA

- Sentencia de 30 de agosto de 2001:  
“**el que está por nacer cualquiera sea la etapa de su desarrollo pre natal, pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación**”  
(considerando 17).

# TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA: LO QUE HA DICHO LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- Dictamen 25.403, de 21 de agosto de 1995:

*“[A]corde con el artículo 5º de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes –cuyo es el caso de la aludida Convención Americana de Derechos Humanos- **el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento**, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley Nº 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula”.*

# EL NO NACIDO ES TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA

- En base a todo lo anterior puede sostenerse que el no nacido, desde la concepción, es titular del derecho a la vida, y más concretamente del derecho a nacer, respecto del cual “no se puede transigir”, según sostenía Norberto Bobbio (Entrevista en el *Corriere della Sera*, 8 de mayo de 1981).

# ABORTO, PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y PROPORCIONALIDAD

- Cuatro principios fundantes de nuestro Derecho Público:

1. LOS DERECHOS COMO LÍMITES: El Estado debe respetar “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y promover y respetar “tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5 inc. 2° Constitución).

2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” (art. 6 inc. 2° Constitución).

3. JURIDICIDAD: “los órganos del estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (art. 7 inc. 1° Constitución).

4. EL LÍMITE DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: Cuando la Constitución autorice al legislador a regular, complementar o limitar derechos, no podrá afectarlos en su esencia (art. 19 N° 26 Constitución).

# ABORTO, PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y PROPORCIONALIDAD

- Test de proporcionalidad: Sirve para determinar si una medida legislativa es “ultra vires”, es decir, si excede o no la competencia del legislador (que es supuesto del principio de juridicidad), y por ende los otros principios fundantes de nuestro Derecho Público.
- Cuatro pasos:
  1. La medida legislativa debe perseguir una finalidad legítima.
  2. Debe ser adecuada o idónea para la promoción del fin.
  3. Debe ser necesaria. Entre varias alternativas debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados.
  4. Debe ser proporcional en sentido estricto: la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención y no puede suponer la anulación o negación del derecho (respeto al contenido esencial).

# EL TEST DE PROPORCIONALIDAD AL PROYECTO

- Dando por supuesto que el objetivo del proyecto en actual discusión pasa el primer requisito del test de proporcionalidad, todo indica que falla en los tres siguientes. No es ni idóneo ni necesario para los objetivos que persigue, ni proporcional en sentido estricto:

a) El art. 119 del Cód. Sanitario no prohíbe las intervenciones médicas destinadas a tratar a la madre. Por eso Chile presenta hoy la tasa de mortalidad materna más baja de Latinoamérica, y menor a la de países con aborto legalizado, incluido Estados Unidos (riesgo de 1 en 4 millones de mujeres en edad fértil o 0,4 por 100.000 nacidos). Desde 1989 (reforma Cód. Sanitario) las muertes por aborto han disminuido desde 10,8 hasta 0,39 por 100.000 nacidos vivos (Koch, “The Epidemiology of Abortion and its Prevention in Chile”, *Issues in Law & Medicine*, Vol. 30, Nº 1, 2015, 71).

# EL TEST DE PROPORCIONALIDAD AL PROYECTO

b) Un informe de la Asociación de Psicólogos Americana de 2008, concluye que “algunas mujeres experimentan severo estrés o psicopatología siguiendo a un aborto”. Y Sppeckhard y Reus (1992, 1991, 1995, 2004) postulan que la experiencia traumática del aborto puede conducir a severos trastornos de salud mental, que denominan “Síndrome post-aborto”.

c) Con relación a la causal de violación, gran parte de las situaciones de abuso y de violación ocurren al interior de las familias, o son llevadas a cabo por personas conocidas de la víctima. El aborto es el mejor escenario en el que podría soñar un abusador: “obra en provecho del macho explotador, y no de la mujer” y ésta se transforma en “un objeto sexual perpetuo y reutilizable” (Susan Maronek).

# EL TEST DE PROPORCIONALIDAD AL PROYECTO

d) Desde el punto de vista penal la realidad del aborto en Chile no dicen relación con ninguna de las causales del proyecto, y no constituye un problema penitenciario:

- Según datos de la Defensoría Penal Pública (2014) los casos de aborto dicen relación con embarazos no deseados, y no con peligro para la vida y/o salud de la madre, malformación o violación.
- De acuerdo a Gendarmería de Chile, a 2014 no había mujeres que cumplieran condena por haberse practicado un aborto.

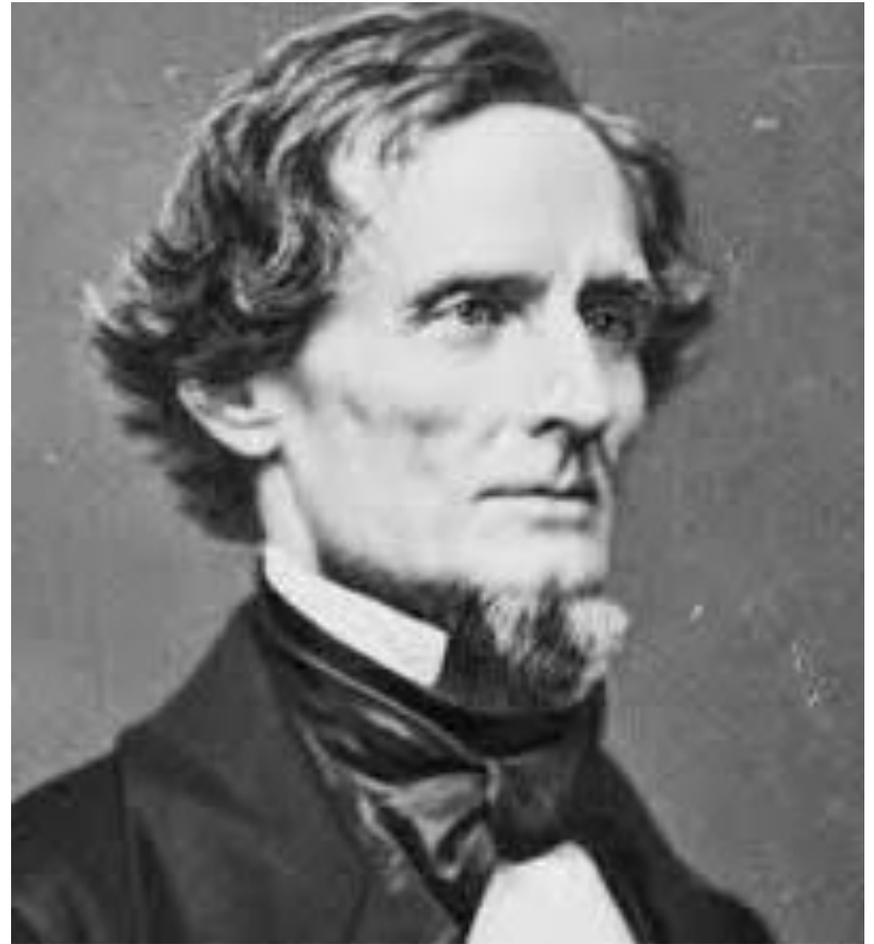
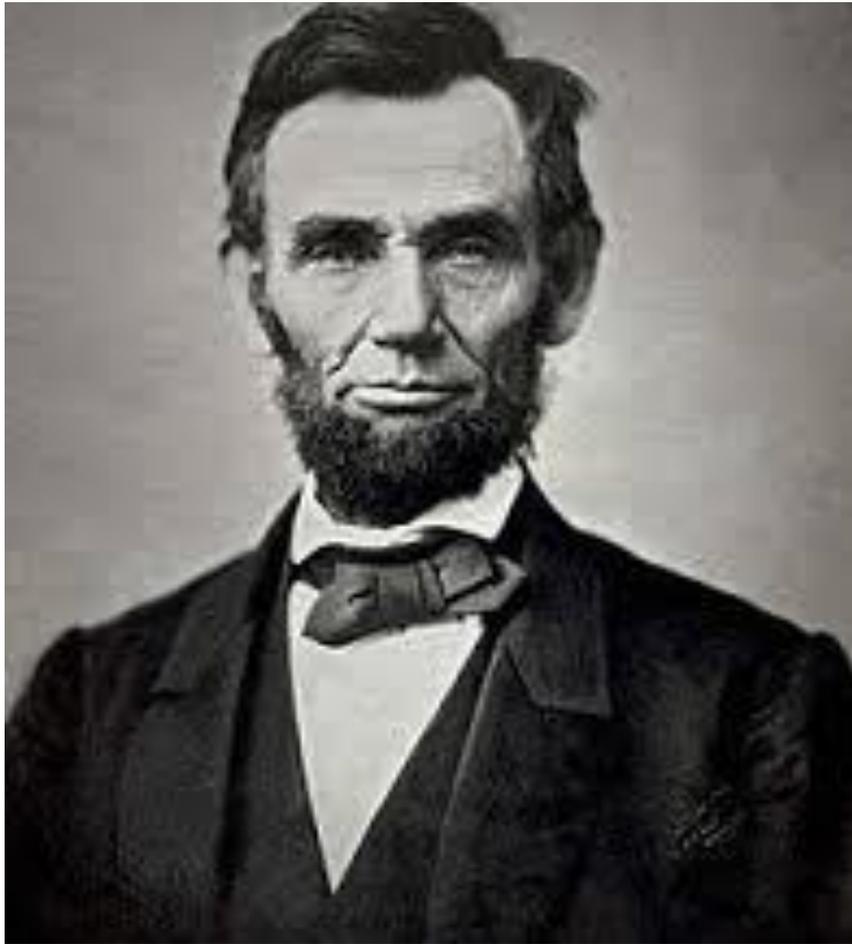
La actual criminalización está configurada por una serie de normas de conducta, de sanción, especiales y generales, y normas procesales (no investigar, no perseverar, suspensión condicional). Ellas configuran un modelo funcional que ha permitido dar una respuesta Penal equilibrada y razonable.

e) El proyecto va en contra de la proporcionalidad en sentido estricto: contempla un modelo de legalización del aborto (derecho a abortar) en tres supuestos. Implica la anulación o negación del derecho a nacer (en este modelo el no nacido es sólo un bien jurídico). Ello implica vaciar de contenido al derecho a la vida del no nacido; va irremediabilmente en contra del contenido esencial de éste, que no es otro que el derecho a nacer.

# DERECHO, CONSTITUCIÓN Y PROGRESISMO

- El punto en común: la protección del más débil
  - Especial predilección del Derecho por los más débiles: *in dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro perussi, in dubio pro homine, in favor debilis.*
  - El Derecho conlleva asumir una cierta actitud progresista: “apoyar al débil”, además del pacifismo, la no violencia y la defensa de la naturaleza según Miguel Delibes.
- Ello llevó a muchos chilenos a oponernos a un régimen político que persiguió y violó los derechos humanos de miles de chilenos, entre ellos su derecho a la vida.

¿UN NUEVO PROGRESISMO?  
SI USTED CONSIDERA QUE ES MALO....NO LO HAGA



# DERECHO, CONSTITUCIÓN Y PROGRESISMO

- El aborto es la eliminación de un ser humano. Eso no es parte de la identidad progresista, que implica la protección del débil. Menos progresista es justificar el aborto acudiendo a un argumento típicamente liberal: el derecho de propiedad, en este caso como “derecho de la mujer a disponer del propio cuerpo”. Porque como decía Norberto Bobbio, al abortar la mujer no está disponiendo de su propio cuerpo, sino que, “se dispone de una vida ajena”.
- A lo anterior se agrega que resulta “contradictorio luchar en contra de un machismo que considera a la mujer como un objeto apropiable, y que a su vez las mujeres puedan tratar a sus hijos no nacidos como una propiedad que pueden desechar cuando quieran” (Elizabeth Cady, una de las fundadoras del movimiento feminista norteamericano).

# DERECHO, CONSTITUCIÓN Y PROGRESISMO

- En resumen: Poco tiene que ver el aborto con los ideales originales del progresismo. Pero como decía Delibes, con el tiempo “el progresismo vaciló. El embrión era vida, sí, pero no persona, mientras que la presunta madre lo era ya y con capacidad de decisión. No se pensó que la vida del feto estaba más desprotegida que la del obrero o la del negro, quizá porque el embrión carecía de voz y voto, y políticamente era irrelevante. Entonces se empezó a ceder en unos principios que parecían inmutables: la protección del débil y la no violencia. Contra el embrión, una vida desamparada e inerme, podía atentarse impunemente. Nada importaba su debilidad si su eliminación se efectuaba mediante una violencia indolora, científica y esterilizada. Los demás fetos callarían, no podían hacer manifestaciones callejeras, no podían protestar, eran aún más débiles que los más débiles cuyos derechos protegía el progresismo; nadie podía recurrir”.
- Pero algunos progresistas seguimos postulando la defensa de los indefensos y rechazamos cualquier forma de violencia en contra del inocente, porque “la náusea se produce igualmente ante una explosión atómica, una cámara de gas o un quirófano esterilizado”.

# CONCLUSIONES

- El proyecto de ley asumió el sistema de “legalización”: supone que el aborto es un derecho en los tres supuestos que contempla.
- El proyecto parte de supuestos opuestos de los que muestran la evidencia científica y de lo que señala la teoría constitucional y el Derecho chileno:
  - Persona = ser humano. El no nacido, en cualquier etapa de su desarrollo, tiene derecho a nacer.
- El proyecto no se ajusta al principio de juridicidad por infracción al principio de proporcionalidad: Es inidóneo, innecesario y contrario a la proporcionalidad en sentido estricto.
- Es una renuncia a uno de los fundamentos del ideario progresista (la defensa del débil), asumiendo a cambio el tradicional culto del liberalismo al derecho de propiedad, al tratar al no nacido como un objeto del que se puede disponer.