



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
ESCUELA DE DERECHO



## TESINA

**“La irregular praxis de la política criminal en Chile en torno al aborto;  
propuesta sobre una nueva regulación en el Código Penal Chileno”**

Autoras:  
Caroline Pedemonte Lavis  
Camila Salinas Muñoz

Profesor guía:  
Andrés Benavides Schiller

Fecha de entrega:  
Diciembre del año 2014

## TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	TRATAMIENTO DEL DELITO DE ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO.....	5
III.	INEFICACIA DE LA LEY 18.826 DEL AÑO 1989 Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN.....	7
IV.	EXPLICACIÓN BREVE DE LA REALIDAD ACTUAL CHILENA FRENTE AL DELITO DE ABORTO.....	10
1.	Controversia y discusión legislativa respecto al aborto en Chile.....	10
1.1.	Proyectos de ley sobre despenalización del aborto en Chile, endurecimiento de las penas que contempla el Código penal chileno frente a la comisión del delito de aborto y otros.....	10
1.2.	Conclusiones.....	12
2.	Controversia y discusión ciudadana respecto al aborto en Chile.....	14
V.	POR QUÉ DESPENALIZAR EL ABORTO Y NUESTRA POSTURA RESPECTO A ELLO.....	16
VI.	PROPUESTA SOBRE UNA NUEVA REGULACIÓN RESPECTO AL DELITO DE ABORTO.....	18
1.	Necesidad de una reforma desde el punto de vista de la política criminal.....	18
2.	Crítica al “derecho a la vida” tesis anti abortista .....	20
3.	La vida humana en formación como bien jurídico.....	21
4.	El problema del aborto como conflicto de bienes jurídicos.....	22
5.	Criterios para una reforma del Código penal.....	23
5.1.	Sistema de plazos.....	24

5.2.	Sistema de indicaciones.....	26
5.2.1.	Indicación terapéutica o médica.....	27
5.2.2.	Indicación eugenésica.....	29
5.2.3.	Indicación social y económica.....	31
5.2.4.	Indicación ética o humanitaria.....	32
5.3.	Sistema de reservar la indicación a una persona distinta de la mujer.....	32
VII.	REFORMA DE LOS ARTÍCULOS DE NUESTRO CÓDIGO PENAL E INTERPRETACIÓN DE NUESTRA CONSTITUCIÓN Y DE OTRAS NORMAS PERTINENTES.....	33
1.	Constitución Política de la República, artículo 19 N°1.....	33
2.	Normas pertinentes en el Código civil chileno.....	34
3.	Reforma de los artículos 342 a 345 del Código penal chileno.....	35
4.	Establecimiento de reglamento y protocolo médico.....	37
VIII.	CONCLUSIÓN.....	38
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	41

## Resumen

*La política criminal implementada en nuestro país con la entrada en vigencia de la ley 18.826 de 1989 que deroga el artículo 119 del Código sanitario y penaliza el aborto en todas sus formas, ha resultado ineficaz e ineficiente en cuanto a que no se ha alcanzado el objetivo principal: evitar que se sigan realizando abortos en Chile. Con respecto a esta problemática, creemos que la solución es realizar una reforma estructural de los artículos 342, 343, 344 y 345 del Código penal chileno que regulan el aborto, proponiendo su despenalización y regulando las prácticas abortivas a través de un sistema mixto de plazos e indicaciones.*

Palabras clave: *Aborto – política criminal - reforma – sistema de plazos – sistema de indicaciones*

## I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, Chile ha vivido importantes procesos de transformación política, económica y socio-culturales, teniendo éstos consecuencias para los individuos y sobre todo, en los valores y principios que imperan en nuestra sociedad. Sin embargo, estos cambios no han sido necesariamente progresivos para nuestro ordenamiento jurídico. Es más, algunas políticas implementadas han significado importantes retrocesos para nuestra sociedad, siendo un claro ejemplo de ello el desarrollo de los derechos sobre la salud sexual y reproductiva de los individuos.

Antiguamente, la interrupción del embarazo no era un asunto de regulación estatal o gubernamental. Se regulaba de manera particular y privada, no existiendo indicios hasta el año 1931 respecto al aborto. Es en ese mismo año que se establece una ley que permite el aborto terapéutico, consagrándose Chile el año 1965 como uno de los países sudamericanos más avanzados respecto a dicho tema: con un programa de planificación familiar avanzado, financiado por el Estado y posibilitando el aborto.

En cambio, con la consiguiente penalización del aborto y la derogación del artículo 119 del Código sanitario con la ley 18.826 del año 1989 (que se funda principalmente en motivos morales o valóricos), pareciera ser que hoy no hay solución clara respecto al tema, priorizando en varias oportunidades la opinión de quienes participan en la creación de leyes pretendiendo representar a la mayoría. Sin embargo, éstos no representan más que un grupo selecto de ciudadanos con raíces arcaicas y conservadoras que no se condicen con las necesidades imperantes en la actualidad y que no permiten el avance del país hacia un plan estatal que mejore la regulación de este tipo de problemáticas. No sólo respecto a la mujer, sino a la sociedad en general, trayendo consigo una gran cantidad de nuevos inconvenientes. Por lo demás, no podemos olvidar que la Constitución de la República que rige actualmente como norma fundamental en nuestro país, es herencia de la dictadura iniciada en 1973 que no ha hecho más que obstruir todas aquellas reformas de carácter progresista.

El diálogo y discusión respecto al aborto, si bien es de antaño, se ha vuelto a desarrollar aún con más fuerza, y pareciera ser una discusión sin fin entre dos grandes bandos (una postura conservadora extrema y una postura eminentemente radical) por tratarse en su mayoría de cuestiones meramente valorativas, religiosas o de principios, habiendo tantas concepciones de aquello como personas hay en el mundo (Vives Antón, 1985: p. 122.). Todo parece indicar que no existe consenso entre los ciudadanos. Sin embargo, importantes sectores de la población en Chile y en el resto del mundo han manifestado su preocupación respecto al tema, dejando en evidencia que es imperativo una nueva regulación, dejándose de lado la discusión general que toma como base cuestiones morales y planteando la necesidad de establecer de forma clara la protección y regulación de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en general, y de las mujeres en particular.

Es nuestro objetivo abarcar el tema desde un aspecto técnico-jurídico, abandonando en gran medida las discusiones políticas, valorativas y religiosas, y plantear una solución práctica y efectiva, ya que consideramos que el aborto en Chile es un problema real que no ha encontrado una solución viable y que la política criminal que ha servido de base para su penalización, ha sido claramente insuficiente e ineficaz. Establecer una nueva regulación, considerando principalmente el Código penal chileno actual y secundariamente otras normas pertinentes como la Constitución Política de la República y germinar una idea modelo para

regular el aborto que creemos será de mayor trascendencia y de mejor adaptación para nuestra sociedad actual.

Es menester dilucidar algunos aspectos generales sobre el delito de aborto para comprender cómo es tratado por la ley y la doctrina en Chile para lograr plantear su despenalización y su nueva regulación.

En primer lugar, conceptualizamos el vocablo “aborto” como: “Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito” (Diccionario de la lengua española (DRAE), 2014). Por lo demás, cabe indicar que el término aborto proviene del latín *ab*, que significa privativo, y de *ortus*, nacimiento. Luego, el aborto es privar del nacimiento o no nacer. Otros dicen que es malparir o nacer antes de tiempo. Sea cual fuere el origen etimológico, el aborto es la destrucción y muerte del producto de la fecundación (Hernán Silva, pp. 137. 2008)

## II. TRATAMIENTO DEL DELITO DE ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

La Comisión Redactora, en cuanto a la geografía del Código, no siguió el sistema español que generalmente usó como modelo. En el Título VII, que trata de los “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, en el párrafo I del referido título, entre los artículos 342 y 345 reglamentó el delito de aborto (Garrido Montt, 2010: pp. 98).

De la interpretación gramatical del aborto y analizando su protección en el ordenamiento jurídico chileno en el Código penal en sus artículos 342, 343, 344 y 345, surge la interrogante sobre cuál es el bien jurídico protegido en dicho código, la Constitución Política de la República y demás normas pertinentes. En principio, y por la ubicación geográfica del tipo penal del aborto (Título VII, que trata de los “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”), podríamos afirmar que el bien jurídico protegido sería la familia y las buenas costumbres. Sin embargo, esto es errado, ya que el bien jurídico protegido sería la vida del *nasciturus* (no nacido), esto es, la vida dependiente y no la

familia. Sin embargo, consideramos que ambas posturas son equivocadas, ya que es el derecho de maternidad de la mujer (Rodríguez Devesa, 1985 pp 4-8) entendiendo por tal, su libertad sexual y reproductiva<sup>1</sup>.

El Código penal chileno, distingue distintos tipos de aborto, tomando en consideración un elemento común: la preñez de la mujer (Garrido Montt, 2010: pp. 104), por lo que cualquier maniobra abortiva que se realice sobre el cuerpo de la mujer sin estar ésta embarazada, es atípica. Así mismo, si el feto está muerto dentro del cuerpo estas conductas serán igualmente atípicas.

El sujeto activo de la acción puede ser cualquier sujeto, no requiere de una característica especial, ya que se trata de un delito común. No obstante, para objeto de su penalidad, el Código penal distingue entre los siguientes:

- A) El provocado por terceros,
- B) el provocado por la propia mujer embarazada, y
- C) aquel en que interviene un profesional de la salud.

La duda surge en torno al sujeto pasivo del delito, ya que gran parte de la doctrina afirma que éste sería aquel que “está por nacer” o el no nacido, argumentando que es en la propia Constitución Política de la República en su artículo 19 N°1 y en el Código civil chileno en su artículos 75 y siguientes, donde nuestro ordenamiento jurídico reconoce al no nacido como titular de derechos. Sin embargo, es trascendental comprender que esto es errado, ya que es titular de derechos la mujer embarazada. Con respecto a este planteamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado favorablemente en diversos fallos: en el caso *Artavia Murillo con Costa Rica*, sostiene el derecho inalienable de las personas a decidir si tener o no hijos, cuántos tener y sobre su espaciamiento, es decir, el intervalo entre los nacimientos. Lo anterior constituye el núcleo central de una maternidad voluntaria, que respete el derecho a la libertad, a la autonomía y la vida privada de las mujeres.

---

<sup>1</sup> Debemos dejar en claro que en nuestro país se considera por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que el bien jurídico protegido en nuestro Código penal es la vida humana dependiente ( Politoff, Matus y Ramirez, 2005: p.90).

### III. INEFICACIA DE LA LEY 18.826 DEL AÑO 1989 Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN

La ley 18.826 de 1989 que deroga el artículo 119 del Código sanitario y constituye la reforma del Código penal en su artículo 342 y siguientes, se sustenta en una política criminal<sup>2</sup> que resumimos en los siguientes puntos:

A) Protección de la vida del que está por nacer: los gestores de esta ley (miembros de las FFAA, autoridades de la Junta de Gobierno, autoridades eclesiásticas y episcopales) propugnaban que el artículo 119 del Código sanitario vulneraba la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política que señala: “La ley protege la vida del que está por nacer”. Esta ley se fundamenta en el principio moral y científico de que la vida se inicia antes del alumbramiento y, en consecuencia, su existencia debe ser eficazmente protegida, particularmente por la imposibilidad de defenderse. Todo ello se afianza en el concepto básico de que ese ser tiene el derecho natural a su propia vida.

B) Evitar que las mujeres se sigan realizando abortos porque son dañinos para su salud: la historia de esta ley evidencia que sus gestores buscaban evitar que las mujeres de nuestro país siguieran provocándose abortos, ya que eran perjudiciales para su salud y su integridad física, buscando como causales la ignorancia e insensibilidad de la mujer, calificando esto último como “enfermedad social”.

C) Proteger la integridad psíquica de la mujer y de su cónyuge o pareja: esta ley busca evitar el trauma psíquico que el aborto provocado origina en la mujer y su cónyuge o pareja, las que podrían generar consecuencias nefastas en el desarrollo familiar.

---

<sup>2</sup> Debemos comprender que, como señala Gustavo Balmaceda Hoyos en su “Manual de Derecho penal. Parte general”, el Derecho penal no es aislado, en el sentido de que éste no se basta a sí mismo y parte de un “sistema” que a su vez se integra en la táctica política del Estado para alcanzar los fines que éste propone dependiendo del modelo que se haya adoptado.



D) Evitar funestas consecuencias sociodemográficas: con respecto a este punto, la mencionada ley 18.826 busca que demográficamente no se produzca una alteración sustancial, en atención a la reducción de la población y envejecimiento de la misma, lo que provocaría un grave retroceso y limitaría el progreso de la nación.

E) Proteger la moral sexual de los habitantes de nuestro país: los gestores de esta ley buscaban que las relaciones de unión sexual entre un hombre y una mujer sin una relación afectiva estable, con el único y exclusivo propósito de dar curso a la pulsión sexual y de procurarse placer y/o el bienestar corporal que de esto se sigue, no se llevaran a cabo, y que solo se mantuvieran relaciones sexuales dentro del matrimonio.

Cuando hablamos del delito de aborto, tipificado en los artículos 342, 343, 344 y 345 del Código penal chileno, debemos situarnos en que -como señala el profesor Guzmán Dálbora- se trata de un delito arcaico, lo que significa que son residuos de otras costumbres y otros sistemas sociales, de épocas pretéritas que no tienen relación o conservan poquísimos puntos de contacto con las orientaciones estimativas y la organización social imperantes. Por lo mismo, su tipificación como penalidad son regresivas, lo que finalmente constituye un retroceso social altamente significativo (Gúzman, 2011: p.21).

De la absurda e ineficaz regulación del aborto es como nacen (y hoy día subsisten) varios problemas que afectan a la ciudadanía, incluso más graves que las prácticas abortivas por sí mismas: abortos clandestinos que traen aparejados serios problemas de salud (que en algunos casos conllevan a la muerte), discriminaciones, abusos, el aislamiento social y hasta delitos cometidos en desmedro de la embarazada o de su entorno familiar.

El caso de España antes de la reforma de 1985 que despenalizó el aborto en varios supuestos (Ley Orgánica 9/195) y su consiguiente despenalización, era bastante desalentador; las consecuencias negativas de la criminalización del aborto voluntario eran enormes: desde el uso indiscriminado de éste para liberarse de una maternidad no deseada, hasta el aumento de

suicidios de mujeres que se encontraban en esta situación. Así, se abandonaban recomendaciones terapéuticas, eugénicas o éticas sufriendo perjuicios físicos, psíquicos, sociales y económicos en pos de la subyugación religioso-cristiana que habían asumido los legisladores (Landrove, 1976: p.68, 196-197).

En el caso de Chile, los resultados son evidentes: según el Informe anual de Derechos Humanos en Chile del año 2013, pese a la ilegalidad del aborto en nuestro país, existen cerca de 70.000 abortos provocados al año. Según cifras del Ministerio de Salud, en nuestro país, los problemas sanitarios derivados del aborto, corresponden a la tercera causa de muerte materna, provocando alrededor de 100.000 y 160.000 muertes al año (Gobierno de Chile. Departamento de epidemiología, 2012). La mortalidad materna es la principal causa de muerte entre las mujeres en edad fértil en los países en vías de desarrollo y la gran mayoría de estos decesos son evitables, (UNICEF, 2011) es más, se trata de uno de los factores más fáciles de eliminar si se promueve la planificación familiar, se despenaliza la interrupción voluntaria de la gestación y se democratiza su acceso al cuidado sanitario. Cerca de 200 mujeres mueren al día en todo el mundo al someterse a un aborto sin las mínimas condiciones de higiene.

La tendencia a la baja en el número de hijos por mujer, que se constata en casi todo el planeta<sup>3</sup> no ha evitado que aún hoy cerca del 50% de los embarazos sean no deseados, por lo que cada año se practican 20 millones de abortos en condiciones insalubres, con métodos peligrosos o auto-inducidos. Ello significa que este año unas 80.000 mujeres morirán a consecuencia de este tipo de abortos. Además, más de cinco millones ingresarán en un hospital, quedarán estériles o sufrirán alteraciones durante el resto de su vida, lo que evidencia que se trata de "la mayor desigualdad del mundo en materia sanitaria." (Zúñiga 2011, pp-167-177).

Sostener la ilegalidad del aborto es una forma sumamente costosa en vidas humanas, de distribuir los escasos recursos médicos:

---

<sup>3</sup> Salvo en África subsahariana (OMS, 2002).

*"La pregunta no es si estamos de acuerdo o no con el aborto porque, ya sea legal o no, las mujeres se practican abortos como lo demuestra las estadísticas. Por el contrario, la alternativa es escoger entre la vida y la muerte de estas mujeres. Actualmente, mantenerlas leyes penalizantes vigentes significa escoger la muerte" ( De la Barreda, 1991).*

El aborto existe y seguirá existiendo en Chile. Solo en América del Sur, aproximadamente 30 de cada 1.000 mujeres (de entre 15 y 45 años) se hacen un aborto cada año. En Holanda, donde el aborto es legal, la cifra es 8 de cada 1.000. Penalizarlo solo discrimina a las mujeres sin recursos, pues donde el aborto es legal, el riesgo de muerte es menor de 1 por cada 500.000 mujeres. Esto significa que un aborto legal es más seguro que ningún otro tipo de procedimiento médico y que tiene un menor riesgo de muerte que una inyección con penicilina (World Health Organization, 2011: p.14).

Finalmente, no está de más recordar que el aborto está absolutamente prohibido en todas las circunstancias solo en cuatro países en el mundo: Nicaragua, República Dominicana, El Salvador y Chile. El Vaticano también lo tiene prohibido en todas sus formas.

#### IV. EXPLICACIÓN BREVE DE LA REALIDAD ACTUAL CHILENA FRENTE AL DELITO DE ABORTO

##### 1. Controversia y discusión legislativa respecto al aborto en Chile:

1.1. Proyectos de ley sobre despenalización del aborto en Chile, endurecimiento de penas que contempla el Código penal chileno frente a la comisión del delito de aborto y otros<sup>4</sup>.

Antes de hacer una descripción sobre la realidad socio-jurídica actual de nuestro país, es menester que hagamos una breve exposición de los proyectos legislativos sobre

---

<sup>4</sup> En cuanto a los proyectos de ley ingresados al Congreso Nacional desde el año 1991 en materia de aborto, cabe señalar que no solo ha existido un interés por despenalizarlo, sino que también ha existido interés en endurecer sus penas y erigir monumentos a las "víctimas" de los abortos (que en este caso serían los no nacidos) por parte de los sectores más conservadores representados por la derecha legislativa.

despenalización o nueva regulación del aborto en Chile y cómo ha sido la reacción de los sectores políticos y sociales respecto a este fenómeno de discusión legislativa:

05/08/2014	Modifica tipificación de figuras delictivas del aborto y su penalidad.	En tramitación
30/06/2014	Modifica Código sanitario en materia de aborto por indicaciones terapéuticas, eugenésicas o de índole ética social.	En tramitación
09/07/2013	Modifica el Código sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el código penal para su despenalización en las mismas hipótesis.	En tramitación
27/11/2012	Autoriza erigir dos monumentos a las víctimas del aborto.	En tramitación
21/12/2010	Despenaliza el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de violación.	Archivado
10/03/2010	Despenaliza el delito de aborto y consagra el aborto terapéutico.	Archivado
10/01/2007	Autoriza la construcción de monumentos a las víctimas inocentes de aborto.	Archivado
22/08/2006	Modifica disposiciones que indica del Código penal y del Código sanitario, con el objeto de precisar las conductas penadas en relación al delito de aborto.	Consulta archivo
22/03/2006	Reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto.	En tramitación
22/03/2006	Agrega un nuevo artículo 345 bis al Código penal para que sólo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto.	Archivado

14/07/2004	Autoriza erigir tres monumentos en memoria de las víctimas del aborto.	Archivado
23/01/2003	Proyecto de ley que modifica el artículo 119 del Código sanitario en lo relativo al aborto terapéutico.	Archivado
20/06/2002	Proyecto de ley que modifica el Código penal en el delito de aborto.	Archivado
02/08/1994	Proyecto de ley que modifica el Código penal y el Código de procedimiento penal en lo relativo al delito de aborto.	Archivado
02/08/1994	Proyecto de ley que modifica el Código penal en el delito de aborto.	Archivado
02/08/1994	Proyecto de ley que modifica el Código penal, aumentando la penalidad del delito de aborto.	Rechazado
17/09/1991	Modifica el artículo 119 del Código sanitario en lo relativo al aborto terapéutico.	Archivado <sup>5</sup>

## 1. 2 Conclusiones:

- En primer lugar, es evidente el interés que ha habido desde antaño en torno al debate sobre un tema tan controversial como el aborto, y que es eminentemente relevante en la discusión penal, jurídica y doctrinal, tanto en el seno de la sociedad chilena como en el Derecho comparado.
- A pesar de los 17 proyectos mencionados *post* penalización del aborto en Chile, que equivalen a casi 1 por año desde el año 1991 a la fecha, el trabajo legislativo ha sido muy escaso y poco fructífero, ya que si bien se han planteado una gran cantidad de objetivos tanto del área más conservadora hasta la tendencia más radical, no ha habido movilidad en torno a su tipificación en el ordenamiento

<sup>5</sup> El cuadro en que se contemplan los diversos proyectos de ley ingresados al Congreso Nacional, es de elaboración propia según la información obtenida en la Biblioteca del Congreso Nacional.

jurídico chileno. Esto, en parte, por la escasa voluntad de la clase política y por las escasas instancias de participación ciudadana vinculante.

- De los 17 proyectos de ley, 9 de ellos han buscado restablecer la antigua regulación del artículo 119 del Código sanitario o bien incorporar una nueva regulación en el Código penal chileno basada en un sistema de indicaciones, buscando permitir el aborto en determinados casos (indicación médica, riesgo para la salud y vida de la mujer o del feto, malformación grave, violación.). Sin embargo, nuestro Código penal no ha sido modificado en pro de ninguno de estos objetivos, no existiendo movilidad en su tipificación.
- La otra mitad de los proyectos de ley ingresados al Congreso buscan una penalidad aún más severa e incluso la construcción de monumentos para las supuestas víctimas del delito de aborto que, en este caso, corresponderían a los no nacidos.
- En ningún caso se ha discutido sobre la impunidad del aborto consentido por la mujer, caso en que se estaría reconociendo el predominio del derecho de autodeterminación reproductiva de ésta. Por el contrario, solo se ha discutido sobre la posibilidad de practicar un aborto con ciertas indicaciones que taxativamente el Código penal debiera regular y que, por lo demás, consiste en el sistema más conservador de todos<sup>6</sup>.

En respuesta a esta serie de conclusiones y a la ineficacia legislativa en torno al aborto, es que han surgido nuevos cuestionamientos que reflejan que en Chile es necesaria una nueva regulación del aborto, tomando en consideración las problemáticas sanitarias que se desprenden y, sobre todo, los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las mujeres.

---

<sup>6</sup> El año 2003, el Colegio Médico de Chile emitió una declaración donde sostienen que a pesar de los avances de la medicina existen casos en los cuales no existe otra alternativa que proceder a la interrupción del embarazo. Por tanto, el Colegio Médico y la mayoría de la doctrina chilena, está conteste en aceptar el aborto terapéutico en ciertos casos, pues se ejecutaría conforme a la *lex artis* y estaría justificado por el artículo 10 N° 10 del Código penal, a saber, el ejercicio legítimo de un derecho. Incluso, si consta el consentimiento de la mujer, resultaría justificado por ambos. Ésta habría sido la razón para el cambio de la expresión "de propósito" a "maliciosamente" del artículo 342 (Politoff, Matus y Ramírez, 2005: p.96-97).

## 2. Controversia y discusión ciudadana respecto al aborto en Chile:

Diversas han sido las encuestas que reflejan la preocupación ciudadana por debatir sobre el aborto y por establecer su nueva regulación en nuestro ordenamiento jurídico:

- Encuesta APROFA-CERC hecha a mujeres adultas en la Región Metropolitana y de la VI a la X región, año 1990: arrojó que en casos en que peligraba la vida de la mujer, la respuesta urbana a favor de permitir el aborto era de un 77,9% contra un 73,4% en la zona rural.
  
- Encuesta Nacional realizada por FLACSO, año 2001:
  - Un 57,6% estaría de acuerdo con legislar sobre el aborto.
  - Un 65,6% lo aprueba cuando está en riesgo la vida de la madre.
  - El 56,3% cuando el feto presenta malformación severa.
  - El 58,3% en caso de que el embarazo sea producto de una violación o incesto.
  - Un 21,3% expresa que debería permitirse siempre que la mujer lo solicite.
  
- Encuesta de Opinión “Mujer y Política” realizada por la Corporación Humanas y el Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, año 2006:
  - Un 62% de las mujeres entrevistadas estaría de acuerdo en aprobar la idea de despenalizar el aborto en algunos casos.
  - El 75% está de acuerdo en que se legalice cuando corre peligro la vida de la madre.
  - El 71% cuando el embarazo es producto de una violación.
  - Un 68% por malformación del feto.
  - El 20% en cualquier circunstancia.

- Estudio de opinión pública sobre aborto y derechos sexuales y reproductivos en Brasil, México, Chile y Nicaragua de FLACSO-Chile, realizada el año 2011 a mujeres de estos cuatro países, arrojaron los siguientes resultados:

A. Las mujeres deben tener libertad para elegir sobre su cuerpo:

- Chile: 88%
- México: 88%
- Nicaragua:83%
- Brasil: 85%<sup>7</sup>

B. Las personas tienen derecho a decidir libremente el número de hijos que quieren tener:

- Chile: 96%
- México: 94%
- Nicaragua:92%
- Brasil: 87%

C. Las personas tienen derecho a decidir sobre su sexualidad

- Chile: 90%
- México: 92%
- Nicaragua:88%
- Brasil: 80%

El 59% de los encuestados en Chile, opina que el nivel de importancia de la legalidad del aborto es de categoría “muy importante” y un 61% considera que esta cuestión debe ser sometida a votación popular.

- Encuesta Cooperativa, primer semestre año 2014: El 76,2% de los encuestados se manifestó a favor del proyecto del Gobierno (actual proyecto de ley sobre aborto terapéutico impulsado por la presidenta Michelle Bachelet), el cual aborda el aborto sólo bajo tres circunstancias: en casos de violación, cuando está en peligro la vida de la madre o ante un feto inviable.

---

<sup>7</sup> Los resultados en porcentajes de este estudio son en base a respuestas positivas frente a las interrogantes.



- Encuesta Adimark, realizada entre el 5 y el 30 de junio del año 2014: 71% de los chilenos apoya la aprobación del aborto terapéutico en Chile en casos de riesgo de vida de la madre, inviabilidad del feto o violación.

Resulta evidente la preocupación por la despenalización del aborto y la necesidad de una nueva regulación en nuestro país, creándose hasta ahora una decena de agrupaciones “pro aborto” que denotan dicha preocupación. Esta situación obedece a una tendencia visible mundialmente<sup>8</sup>.

## V. POR QUÉ DESPENALIZAR EL ABORTO Y NUESTRA POSTURA RESPECTO A ELLO

Si bien la controvertida discusión sobre el aborto no es un asunto nuevo y los argumentos que respaldan tanto su aprobación como su rechazo encuentran su origen en el Derecho romano (Cuello, 1931: pp 9-10), debemos reconocer que hoy en día sigue siendo un problema relevante y que, a pesar de los innumerables intentos legislativos, no se ha encontrado una solución favorable en la legislación penal chilena.

Al respecto, nos declaramos completamente a favor de la despenalización del aborto y consideramos que actualmente es imperativa la necesidad de establecer una nueva regulación en el Código penal chileno, puesto que el que está vigente es evidentemente anacrónico y no opera en función de las necesidades actuales de la ciudadanía.

Para entender por qué deseamos la despenalización, es importante saber el motivo de por qué las mujeres abortan hoy en día. Al respecto, existen una serie de factores, tales como fallas de los métodos anticonceptivos, enfermedades y malformaciones congénitas, y la de mayor interés son las condiciones sociales, es decir, la situación de pobreza y en especial la

---

<sup>8</sup> En Chile: Articulación Feminista por la Libertad de Decidir (AFLD), Movimiento por la Interrupción Legal del Embarazo (MILES), Corporación La Morada, Católicas por el Derecho a Decidir, Las Choras del Puerto, La Huacha Feminista. Organizaciones internacionales: International Planned Parenthood Federation, Marie Stop International

ausencia de programas de educación sexual, así como también el acceso restringido a los métodos anticonceptivos debido a su alto costo (Lagos Lira, 2001: p. 18).

Existen documentos que respaldan que un número significativo de mujeres embarazadas que pertenecen a sectores socioeconómicos bajos, tienen embarazos no deseados (Viel, 1982: p. 51-86) y por tanto, son quienes realizan el mayor número de abortos riesgosos, llevándose a consultar urgencias en los servicios públicos de salud donde muchas veces son denunciadas y entregadas a la fuerza policial. Así queda establecido en las estadísticas que maneja el Ministerio Público<sup>9</sup>, donde el perfil de las mujeres que son imputadas proviene de la clase social baja. Es así como estas mujeres sufren las consecuencias de los abortos clandestinos que se realizan, ya que por el miedo de ser denunciadas por el médico que las atiende en el servicio de urgencias, generalmente terminan no acudiendo a pesar de que sus condiciones de salud son graves.

Por estas razones es que creemos que la regulaciones del aborto en Chile y de cualquier política concerniente a la salud sexual y reproductiva, debe considerar en su discusión la voz de las mujeres que han sido las que históricamente han estado ausentes de dichas discusiones políticas (Faúndes y Barzelatto, 2007: p.25). No tiene lógica que para solucionar un problema que le atañe a ellas principalmente y, específicamente, a su derecho a disponer de sí misma, no se les invite a participar de la discusión, acudiendo principalmente al mundo de los valores morales y que redundan en situaciones inadecuadas y parciales.

Queremos enfatizar que se debe despenalizar el aborto, pero es necesaria una política completa al respecto, es decir, se debe despenalizar el aborto pero, al mismo tiempo, todos los métodos necesarios para impedir un embarazo no deseado deben estar disponibles; el aborto debe ser el fin último y no llegar a ser un método anticonceptivo más (Guajardo y Jara, 2010: pp. 37-47 y 49-52).

---

<sup>9</sup> Francisca Werth, Jefa de Estudios de la Defensoría Penal Pública en una entrevista realizada por la periodista Carolina Rojas de el diario El Dínamo el 25 de Marzo del 2014, afirmó que la mayoría de los casos que atiende la Defensoría corresponden a jefas de hogar que ya tienen dos o tres hijos. “No son mujeres promiscuas ni muy jóvenes como se pensaba antes”.

## VI. PROPUESTA SOBRE UNA NUEVA REGULACIÓN RESPECTO AL DELITO DE ABORTO

### 1. Necesidad de una reforma desde el punto de vista de la política criminal

Para comenzar a plantear la idea de una reforma de nuestro Código penal es necesario partir del pensamiento base que, como ya fue demostrado, la regulación actual es inadecuada desde el punto de vista político criminal puesto que se respalda en la idea de crimen y castigo, es decir, todo aborto inducido es un crimen y debe por tanto ser castigado por el Estado.

La provocación del aborto con el consentimiento de la mujer no siempre es un disvalor, así ha quedado de manifiesto en las distintas legislaciones europeas<sup>10</sup> que han despenalizado el aborto y ha sido posible dicha despenalización puesto que el bien jurídico protegido de este tipo penal no es equiparable al bien jurídico que representa la vida humana independiente: este último es reconocido como irrenunciable e indisponible en nuestra Constitución Política (artículo 19 N°1), en cambio la tendencia a proteger la *vida en potencia* en el mismo grado que la vida independiente es erróneo y por tanto, desde un punto de vista de la ponderación de ambos bienes jurídicos protegidos prima el de la vida humana independiente, dando una protección menor a la mera *posibilidad* de vida humana futura.

Por otro lado, la sanción penal del aborto no pareciera ser un medio efectivo para evitar dicho tipo de prácticas, ya que dicha regulación no cumple con su finalidad preventiva general ni especial. La represión no cumple con su objetivo de prevención puesto que la conminación social no es sentida con tanta fuerza como se considera desde la esfera jurídica, siendo por una gran parte de la población un tema aceptado. Además, la amenaza penal resulta ineficaz, ya que debido al panorama comparatista respecto a esta materia se tiene la seguridad por un grupo de la población- generalmente quienes critican la despenalización del aborto- que la sanción puede evitarse mediante la realización del aborto en otros países permitidos -lo que Landrove denomina “turismo abortivo”- rigiendo el principio de territorialidad de la ley penal (Landrove, 1976: pp. 78- 81).

---

<sup>10</sup> Portugal, España, Francia, Italia, Suiza, Bélgica, Alemania, Países Bajos, Dinamarca, República Checa, Austria, Eslovenia, Croacia, Polonia, Noruega, Suecia, Finlandia y Rusia.

Otra causa que hace que el delito de aborto pierda su carácter intimidante es su alta tasa de cifra negra debido a las siguientes circunstancias (Susana Huerta, 1983: pp. 10-14);

- Al ser el aborto llevado a cabo por la misma mujer embarazada o con su consentimiento, será la más interesada de que el hecho no llegue a conocimiento de las autoridades y sólo acudirá en últimas instancias a establecimientos de salud, cuando su propia vida corra peligro.
- Para muchos expertos en el área de salud el aborto no es considerado un hecho como motivo de sanción y, por tanto, no lo denuncian.
- El aborto provocado es bastante complicado de probar, pues se suele confundir con un aborto espontáneo.

Reflejo de la llamada “cifra negra” es el contraste que podemos apreciar entre el número de casos por aborto ingresados al Ministerio Público y el número de casos que manejan diversos organismos nacionales e internacionales:

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Aborto por facultativo	1	11	9	8	5	6	2
Aborto consentido	132	105	125	126	112	114	86
Aborto no consentido	69	64	58	54	71	75	37
Total	202	180	192	188	188	195	125 <sup>11</sup>

<sup>11</sup> Ministerio Público de Chile, Unidad especializada en delitos violentos. Los datos comprenden el período enero-septiembre de 2012

Por otra parte, la actual regulación del aborto resulta inadecuada porque la obligada clandestinidad del aborto conlleva a una doble consecuencia política-criminal;

- Al penar nuestro Código los casos de aborto realizados por un facultativo ( artículo 345 Código penal chileno) éstos se oponen a realizarlo, incluso en casos donde peligra la vida de la mujer o bien, lo realizan pero mediante prácticas médicas no aceptadas yendo contra la *lex artis*.
- Se expone la vida de la mujer embarazada a realizarse abortos de forma informal, en condiciones precarias teniendo en muchas ocasiones complicaciones debido a la cirugía o el método utilizado.

Por lo tanto, dado lo explicado podemos sostener que la reforma debe llevarse a cabo en nuestro país, pero ¿Cómo llevarla a cabo considerando el contexto socio-político?

## 2. Crítica al “derecho a la vida”. Tesis antiabortista (García Valdés, 1980: p.15-21).

La tesis que han sostenido históricamente quienes han rechazado categóricamente el aborto en Chile se concreta en la idea que los nacidos y los no nacidos son valores iguales, es decir, vida humana. Por tanto, nuestras leyes deben protegerlos de igual manera. Tal como el homicidio es un delito, el aborto también, a visión de ellos, debe ser condenado.

La trascendencia de los antiabortistas acerca del valor de la vida del no nacido radica en que, entre todos los derechos fundamentales, el único que tiene una pretensión absoluta es el de la vida, es decir, no es graduable: se está vivo o se está muerto. Es así, como la única limitación que podría existir en dicho derecho sería el supuesto de confrontación de dos vidas. En consecuencia, despenalizar el aborto, desde el punto de vista de ellos, supondría atentar contra un principio esencial de nuestra legislación, a saber, el de igualdad ante la ley.

Ahora bien, la tesis planteada por dicho grupo parece insostenible si se piensa que histórica, filosófica e incluso religiosamente la vida del no nacido y del nacido nunca han sido

consideradas como iguales. Un ejemplo de ello, es la distinción que hace nuestro Código penal respecto al delito de aborto y al de infanticidio, diferenciando claramente al objeto de la acción, que por un lado se trata de un ser no nacido y, por el otro, de un ser humano parido (Figueroa, 2004: pp. 95-130).

Nuestra Constitución resultaría por tanto arbitraria al considerar en el artículo 19 N°1 la vida humana dependiente y la vida del no nacido dentro del mismo derecho; al atribuirle la misma protección. La valoración diferenciada que tradicionalmente nuestro Código penal realiza es la aceptada y es la que debe ser considerada. Más adelante ahondaremos en este punto.

### 3. La vida humana en formación como bien jurídico

No debe concluirse que la vida humana en formación carezca de todo valor jurídico. Esto queda demostrado en la Constitución en su artículo 19 N°1, por tanto es un bien jurídico constitucional, pues no puede entenderse que la vida del feto pueda ser destruida por cualquier motivo por el Estado, por terceros y por la mujer embarazada. Merece protección pero que deriva de la que se reconoce a la madre en tanto portadora de una vida y cuya protección queda delegada por el constituyente al legislador. Igualmente, recibe la protección que deriva de los derechos fundamentales de la mujer: a la integridad física, a la salud individual y a la libertad personal.

Es así como se observa que la vida del no nacido recibe protección frente a ataques del Estado o de terceros, pero no así frente a la mujer, de la cual derivan tales garantías. Así, se protege tanto a la mujer como al feto de prácticas abusivas por parte del Estado o de terceros, como, por ejemplo, intervenciones estatales de políticas demográficas, experimentación de embriones, etc. (Arroyo, 1983: p. 32-41).

Si la protección de la vida en formación careciera de tutela, este sería un bien de libre disposición y solo se justificaría la tipificación del aborto por motivo de protección de la salud de la mujer. El valor de la vida humana dependiente tiene una importancia práctica social cuya protección es considerada como necesaria e imprescindible para la comunidad (Arroyo, 1980:

p.73-74). El conflicto se genera hoy en día al considerar la vida humana dependiente como bien jurídico absoluto, pues rompe con la intimidad y niega radicalmente el libre desarrollo de la mujer y su derecho a la maternidad.

#### 4. El problema del aborto como conflicto de bienes jurídicos

El conflicto del aborto se genera cuando la mujer no desea o no puede continuar con el embarazo, puesto que, tal como se planteó, el aborto producido por agentes externos sí afecta bienes jurídicos fundamentales garantizados constitucionalmente. Ocurre que el Estado de Chile le niega su libertad a la mujer y la conmina a aceptar las condiciones de vida que acompañan a la maternidad, determinando así su personalidad. Se trata por tanto de una restricción material de carácter psíquico y social, de la libertad y de la intimidad (Arroyo, 1980: p.74-76).

Es preciso tener en cuenta que las condiciones propias de nuestro país hacen que sean aún más dañinas las condiciones en que se desarrolla y expresa la libertad sexual de la mujer prohibiendo el aborto; las políticas respecto a los métodos anticonceptivos son precarios, permitiéndose en escasas condiciones el uso de la pastilla del día después, los métodos alternativos son altamente costosos, no existe una política pública de información y formación en materia de sexualidad y anticoncepción. En el ámbito laboral se observan también las desigualdades de género que existen por motivo de la maternidad.

Es por estas razones, que existiría un conflicto con los bienes protegidos por la Constitución y, por tanto, la solución debe regirse por el principio de ponderación de bienes jurídicos protegidos, como señalaremos más adelante. La solución a dicho conflicto debe resolverse a favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad de la mujer, ya que se trata de bienes jurídicos que constituyen el contenido objetivo de Derechos Fundamentales, mientras que la vida humana dependiente deriva de los principios y derechos concernientes a la mujer. Por lo demás, el ordenamiento jurídico le da una protección legal e indirecta en nuestra Constitución.

## 5. Criterios para una reforma del Código penal

Defendemos, en principio, la idea de que el feto es de libre disposición de la mujer y que por lo tanto todo aborto libremente consentido por ella sería legal, hasta un determinado periodo de desarrollo de gestación. En ciertas circunstancias debe existir una protección ante la presencia de otros intereses en conflicto; tales como permitir la autorización del aborto en cualquier momento del embarazo, en cualquier lugar y por cualquier motivo puede traer consecuencias negativas para la salud de la mujer en estado de preñez, siendo las condiciones más riesgosas tratándose de un embarazo en el octavo o noveno mes que en los primeros tres meses, por otro lado, significa un desconocimiento absoluto del feto<sup>12</sup>. Por tal razón, consideramos que un aborto libre sin límite de plazo no resulta eficaz pues puede acarrear un mal mayor para la mujer embarazada y una interpretación errónea de lo que se desea lograr. Sin embargo, creemos que dicho límite de tiempo (séptimo, octavo y noveno mes) debe quedar abierto a determinadas excepciones o indicaciones taxativas.

Es así que dadas las condiciones sociopolíticas de nuestro país, creemos que el sistema que debemos implementar debe velar por un sistema de plazos y, a la vez, un sistema de indicaciones, obteniendo así una relación liberal respecto al tema pero manteniendo una protección a la mujer para que el servicio que entregue el Estado sea un servicio gratuito, de calidad y seguro.

Antes de analizar los sistemas debemos hacer mención a una incertidumbre que se genera en el ámbito médico y que se provoca por la no coincidencia de la palabra “aborto” respecto al lenguaje jurídico-penal<sup>13</sup>. El concepto médico denomina "aborto" los procedimientos de interrupción del embarazo de un feto inviable (aproximadamente a las 22 semanas). Posterior a las 22 semanas, el procedimiento médico a realizar se denomina “parto prematuro”. Este planteamiento es primordial para defender casos excepcionales de

---

<sup>12</sup> La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

<sup>13</sup> Fallos de la Corte Suprema han señalado que aborto debe entenderse el hecho de la interrupción del proceso natural de embarazo que produce muerte del feto o producto de la concepción, independientemente de la edad de gestación.



interrupción del embarazo luego de las 22 semanas, pues no existiría médicamente hablando un aborto, sino que el procedimiento que se realizaría sería “provocar el parto” y, por lo tanto, si el feto no presenta riesgo alguno y la madre únicamente es quien se encuentra en un estado grave, la criatura podría vivir de todas formas y la madre saldría del riesgo vital en la que se encuentra. No existe una destrucción del feto, ya que adelantando el parto existe una posibilidad alta de que el feto -ya viable- se mantenga con vida fuera del útero. De esta forma, el procedimiento aplicable resulta mejor justificado pues no existe daño al feto, por lo que en casos de riesgo luego de las 22 semanas o en casos de inviabilidad del feto luego del parto, se aplicaría el procedimiento de adelantarlo, por lo que en el primer caso la muerte del feto es un riesgo, pero la posibilidad de vida es bastante alta (Undurraga, 2013: pp.64-65).

### 5.1. Sistema de plazos

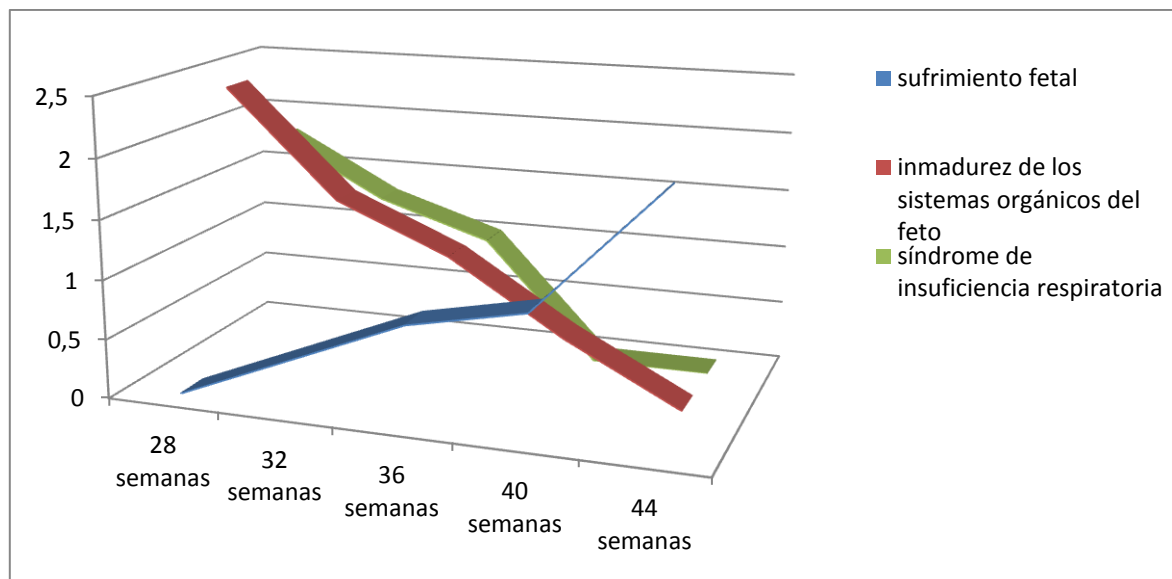
Consideramos que respecto al sistema de plazos, se debe establecer un máximo de 22 semanas, momento entre la concepción y la viabilidad<sup>14</sup>. Tomamos como modelo la legislación holandesa: la ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo en Países Bajos fue aprobada en 1980 y su reglamento de aplicación en 1984. Se trata de una ley de plazos que permite el aborto dentro de las 24 primeras semanas de gestación, sin embargo, esto ha sido motivo de debate en los últimos años pues, a las 24 semanas sí podría existir viabilidad, por lo que en la práctica no se está permitiendo el aborto en las fechas estipuladas, sino en un plazo máximo de 22 semanas<sup>15</sup>. La misma lógica utiliza la legislación alemana al permitir el sistema de ciertas indicaciones hasta un plazo de 22 semanas. Esto debido a que es importante dar un plazo extenso respecto a este asunto, puesto que no siempre existe la información suficiente ni el lugar al cual hay que asistir, la decisión puede tomarse meses después, o incluso el conocimiento del estado de embarazo se podría saber unos cuantos meses después de la concepción. Es importante señalar que el feto comienza a sentir dolor luego de la semana N° 32, tal como lo señala el siguiente gráfico(OMS, 1974)<sup>16</sup>:

---

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Dinamarca, España, Grecia, Italia, y Suecia permiten la interrupción voluntaria del embarazo sin justificación, en general, hasta la semana 12, y Holanda hasta la semana 24.

<sup>15</sup> Informe de la Comisión Nacional de Seguimiento del Prematuro (Ministerio de Salud), que estudió a 1.652 recién nacidos <1.500 g no encontró sobrevivencia bajo las 24 semanas. (Hubner, Ramírez: 2002. p.931-938)

<sup>16</sup> El gráfico al hacer mención de la palabra "semanas" hace referencia a las semanas de gestación del feto.



Por otra parte, deben considerarse ciertos parámetros y restricciones al respecto y el límite debe ser la viabilidad del feto, es decir, su posibilidad de sobrevivir en caso de un parto prematuro. Lo primordial respecto al tema es que se le proporcione a la mujer embarazada información y asistencia psicológica, es importante que la decisión de la mujer sea tomada libremente y por tal razón, siguiendo las legislaciones europeas, es de suma trascendencia que una vez informada de los pro y contra de su decisión (a nivel físico y psicológico), se le dé un plazo de cinco días para que tome la resolución final, pudiéndose realizar la intervención en el sexto día.

Este sistema de plazos ofrece dos ventajas significativas: en primer lugar, se despenaliza el aborto durante las primeras semanas de embarazo quedando autorizado para todas las mujeres, no distinguiendo clase social ni situación económica, evitando así los abortos clandestinos con sus consiguientes riesgos para la vida e integridad de las mujeres embarazadas.

Es importante destacar que, si bien Chile es un Estado laico, la moral cristiano-católica impera actualmente y, por ende, determina la gran mayoría de las decisiones y cambios políticos, sociales, y económicos. Por tanto, es menester señalar que criticamos profundamente este estado de cosas, puesto que no deberían imperar dichas opiniones y creencias, pero la realidad es distinta y frente a ella la tesis que defendemos puede incluso formularse desde una terminología cristiana: puesto que el conflicto entre un ser en formación, que aún no tiene

forma humana ni actividad cerebral desarrollada por completo contra la infelicidad y la angustia de lo que verdaderamente es humano, debemos inclinarnos por lo que la misma religión llama la protección “del prójimo” y ponderar como un bien mayor la vida independiente que una mera “posibilidad de vida” (Beristain, 1980: p. 39). Incluso el jesuita francés Verpieren formulaba respecto a la legislación francesa de 1975, que le parecía una buena adaptación a la realidad de su país. El religioso postula lo siguiente: “La legislación promulgada en 1975 me parece la mejor adaptación, dada la situación francesa actual, al difícil problema del aborto, estando convencido que éste es un acto grave por parte del Estado que si no puede reprimirlo tiene el deber de limitarlo y de prevenirlo en la medida de sus medios” (Verpieren, 1979: p.334).

Este plazo de 22 semanas no es arbitrario, obedece a razones biológicas, sociológicas, sanitarias y de políticas criminales. Siguiendo las conclusiones de Arroyo Zapatero, “solamente el sistema del plazo respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer embarazada (...) la mujer resuelve libremente, y en su intimidad, el conflicto en que se encuentra” (Arroyo, 1980: p. 221).

## 5.2 Sistema de indicaciones

Creemos que durante los primeros meses -22 semanas-, debe regir un sistema de plazos libre, es decir, sin importar las circunstancias, debe existir la posibilidad de aborto. Sin embargo, el conflicto surgiría luego de esas 22 semanas, puesto que algunas malformaciones o situaciones de riesgo para la mujer pueden surgir en las últimas semanas de embarazo y manteniendo solo un sistema de plazos no se le permitirá abortar, o más bien (utilizando el término médico apropiado) “adelantar el parto” a dichas mujeres. Por tal razón, nos parece lo más razonable establecer ambos sistemas; un sistema híbrido.

La diferencia fundamental entre este sistema y el sistema de plazo es que aquí se opera con el sistema regla-excepción (Susana Huerta, 1983: p. 20). El aborto luego de las 22 semanas es, en principio, punible y, excepcionalmente, el aborto puede autorizarse si concurre una de las indicaciones permitidas. Por tanto, creemos que se debe establecer un sistema de indicaciones junto al sistema de plazos (excepcionalmente y luego de las 22 semanas). El

aborto consentido luego de las 22 de semanas (procedimiento que en términos apropiados trata de un parto prematuro, por consiguiente las consecuencias son menores tanto para la madre como par el feto) debiera considerarse en los siguientes casos:

#### 5.2.1.Indicación terapéutica o médica:

En un hospital de Santiago ingresan las mujeres con embarazos tubarios, pero no se les opera hasta que el embarazo se complica, la trompa se rompe y el feto deja de vivir. Es como dejar de tratar una tifoidea mientras no se perfora el intestino. Hasta ese tipo de extremo se ha llegado a causa de la vigencia del artículo 119 actual (Gayán, 2000: pp. 29).

El aborto debe autorizarse en cualquier momento del embarazo cuando la vida o la salud de la mujer embarazada se encuentran en grave peligro. Por lo demás, consideramos que es el mismo Código penal el que, en diversos artículos toma un concepto amplio de “salud” como bien jurídico protegido y lo asimila a la protección de la “integridad física” -a no ser privado de ningún miembro u órgano-, a la salud corporal o mental -a no sufrir enfermedad-, al bienestar físico y psíquico -a no padecer dolor o sufrimiento-, y a la apariencia personal -al no sufrir deformación corporal- (Rodríguez Devesa, 1949: pp. 249).

Presenta a nivel doctrinal ciertas dificultades determinar qué debe entenderse por “grave peligro para la salud”: el Tribunal Constitucional español lo ha entendido como “una disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo”

Interviene una problemática respecto a la salud psíquica, pues no puede ser más o menos cuantificable. Dicho problema no está resuelta ni en la legislación comparada ni en la propia medicina, por las dificultades que genera encontrar un baremo objetivo (Muñoz Conde, 2007: p.92). Sin embargo, existe tanto a nivel doctrinal y legislativo- legislación española- ciertos parámetros para establecer cuándo debemos practicar este tipo de indicación:

- El aborto ha de ser necesario: es decir, que no cabe ningún otro tipo de intervención o tratamiento para evitar un grave peligro para la mujer, tanto físico como psíquico.

Debe medirse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta (Muñoz Conde, 2007: p.94).

- Dictamen médico: dictamen emitido con anterioridad de la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de quien realizará el aborto. Solo en caso de urgencia, por riesgo vital para la embarazada, se podrá prescindir del dictamen médico. Aquí, la conducta estaría amparada por el eximente de responsabilidad de estado de necesidad, como señala el artículo 10 N° 11 del Código penal.

Por estas razones, creemos que lo adecuado sería permitir esta indicación durante todo el ciclo del embarazo, cuando el mal no sea evitable de otra forma, y cumpliendo los parámetros que se han establecido en otras legislaciones<sup>17</sup>. Sin embargo, debemos nuevamente dejar en claro que posterior a las 22 semanas no se produciría la muerte del feto sino que simplemente se provocaría el parto y dado que se trata de un ser viable las posibilidades de sobrevivencia son bastante altas<sup>18</sup>. De esta forma, se estaría cumpliendo con los parámetros que se han establecido en otras legislaciones.

Queremos finalmente mencionar un caso reciente en Chile en el cual podría aplicarse esta indicación posterior de las 22 semanas. Se trata de una mujer de 40 años de edad con un embarazo de 25 semanas. Su historia clínica es la siguiente: debido a una valvulopatía mitral debió someterse hace cinco años a una cirugía que consistió en reemplazar su válvula por una mecánica artificial. Debido a ello debe tomar diariamente un medicamento anticoagulante puesto que los riesgos que la válvula se trombose son bastante altos. Una vez embarazada el médico tratante debió suspender dicho medicamento, ya que existen altas posibilidades de teratogénesis, es decir, que el feto contraiga malformaciones producto del medicamento.

---

<sup>17</sup> La ley italiana prevé un procedimiento para los casos de grave peligro para la mujer embarazada que supone que dicho peligro debe ser certificado por un médico del servicio obstétrico-ginecológico, y si es necesario a otros especialistas del hospital en el que se le realizará el aborto y esa información deberá ser remitida al director del hospital. En el caso que la interrupción del embarazo deba hacerse inmediatamente a causa de un peligro inminente para la mujer, puede prescindirse del procedimiento anterior e incluso practicarse el aborto fuera de los lugares establecidos en la ley ( recinto hospitalario).

<sup>18</sup> En Sudamérica los centros del grupo Neocosur (Neonatología Cono Sur) realizaron un estudio prospectivo que incluyó 385 recién nacidos menores de 1.500 g provenientes de 11 centros de 4 países (Chile, Argentina, Perú y Uruguay). La mortalidad según edad gestacional fue de 100% para los recién nacidos con 22 y 23 semanas de gestación, con sobrevivencia de 20% con 24 semanas y de 50% en aquellos con gestación entre 25 y 26 semanas. (Hubner y Ramírez, 2002: pp.931-938)

Debido a la suspensión del remedio, su válvula mecánica se trombosó, impidiendo su normal funcionamiento y sufriendo una falla cardíaca aguda que requería cirugía. Debió ser operada, siendo una operación de alto riesgo, 50% de mortalidad materna y 80% mortalidad fetal. Si bien la operación fue exitosa, la mujer se encuentra hasta la fecha en espera de realizar trabajo de parto, pudiendo sufrir nuevamente una falla cardíaca. En el último diagnóstico se estableció que el feto sufrió un hemorragia cerebral.<sup>19</sup>

### 5.2.2 Indicación eugenésica<sup>20</sup>:

La última reforma que se llevó a cabo en España respecto a la despenalización del aborto, consideró esta indicación cuando "se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas".

Según nuestro planteamiento, se debe permitir el aborto cuando el feto en gestación tenga un alto riesgo de nacer con alguna enfermedad grave, sea física o psíquica. El problema que establece son los límites que han de marcarse entre la vida digna, indigna e inhumana. Generalmente este límite se establece considerando el tipo de taras que presenta el feto, la gravedad de las mismas y si existe un posible tratamiento, ya sea antes o después del nacimiento<sup>21</sup>. La incurabilidad de las enfermedades que provoquen un sufrimiento extremo en el niño o la muerte inmediata al parto o de un tiempo breve puede ser un límite para recomendar o decidir realizar un aborto eugenésico (Reviriego, 1998: p.111).

Un caso que genera bastante controversia son los fetos diagnosticados con síndrome de Down (Villela y Linares, 2002: pp. 31-43). Un estudio muestra que la balanza en Estados Unidos se inclina más al rechazo de estos abortos (Darrin, 2008), mencionando que son varios los factores que influyen en esta decisión: una de ellas es la atención médica que reciben. Señala que en Pittsburg (Estados Unidos) se realizan menos abortos por esta causa que en el resto del

---

<sup>19</sup> Mujer de 40 años de edad, hospitalizada en fecha 12.11.14 en el Hospital Gustavo Fricke.

<sup>20</sup> Según el Diccionario de Filosofía, la voz "eugenesia" dice: Eugenesia / eugenismo: Por eugenesia se entiende cualquier procedimiento destinado al control genético-hereditario de una especie.

<sup>21</sup> La indicación que el proyecto presentado, entre otros, por el Senador Girardi, califica como "indicación ético social" es un supuesto cuya denominación más apropiada es indicación criminológica. éste permite la interrupción del embarazo cuando el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación. Este proyecto contemplaba también una indicación eugenésica, es decir, permitía el aborto en caso de que se estableciera clínicamente que el feto presenta (o presentará) graves taras o malformaciones físicas o psíquicas.

país, debido a que en esta ciudad hay un mayor porcentaje de católicos, hay más servicios para atender a los niños con discapacidades y la ley federal protege a todos los niños discapacitados. Los padres reciben servicios gratuitos hasta que el niño cumple tres años, edad en la que comienza un plan educacional individual que le permite desarrollar ciertas habilidades para posteriormente asistir a la escuela. Como resultado de estas políticas públicas, los niños con síndrome de Down tienen mejores oportunidades de vivir, volverse independientes de sus padres y convertirse en parte integral de la comunidad. Esto nos indica que, en efecto, hay ciertas discapacidades que no impiden al individuo que las padece tener una calidad de vida adecuada.

Con este ejemplo vemos claramente que en muchos casos la discapacidad es una cuestión de discriminación, pues no se considera la calidad de vida que puede tener una persona, sino las taras e impedimentos sociales que ésta tendría en una sociedad determinada. Sin embargo no se compara tener un niño con síndrome de Down en Pittsburg que en ciertas ciudades y pueblos chilenos.

Consideramos que el aborto por causas eugenésicas debe ser válida, siempre y cuando se trate de enfermedades que no permitan al feto que las padece tener una calidad de vida aceptable posteriormente, un feto que padece alguna enfermedad que, lejos de brindar una calidad de vida adecuada, le provocará sufrimiento durante toda su vida o su esperanza de vida es muy baja. Negar este tipo de casos tiene aceptación incluso a nivel mundial por organismos internacionales. Tal fue el caso del dictamen del Comité de Derechos Humanos que determinó en el caso *KL v/s Perú*, que el Estado peruano violó el artículo 70 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a saber, derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, al someter a una adolescente al sufrimiento de tener que continuar la gestación de un embarazo inviable (Zúñiga, 2006: pp. 253-267).

Si bien, con la propuesta de reforma permitiremos el aborto libre durante las primeras 22 semanas, permitir el aborto luego de esas 22 semanas por causas eugenésicas, entendiendo por tal “cualquier anomalía”, resultaría en eugenesia entendida como “selección de la raza”, lo cual es sumamente reprochable. Debemos diferenciar entre la pretensión lícita de erradicar las enfermedades y las taras, especialmente las hereditarias, de otra muy distinta: seleccionar a los

hombres, cosificándolos. Estos procedimientos ponen en peligro tanto la dignidad humana individual como el futuro de la especie humana como la entendemos hoy (Querald, 2002: p.45). Por tal razón, serían excepcionales los casos en que se permitiría realizar partos prematuros luego de las 22 semanas y mediante el dictamen de a lo menos dos especialistas; cuando la viabilidad del feto al nacer sea improbable o solo fuera por escasas horas, por ejemplo, malformaciones absolutamente incompatibles con la vida. Tal es el caso de fetos acráneos o anencefálicos en que, en ningún caso vivirán luego de la extracción del útero materno. Lógicamente, deberá contarse con el consentimiento de la madre, quien podrá optar por la conducta a seguir. Si ella desea la interrupción, consideramos absolutamente inhumano obligarla a continuar con un embarazo que no tiene ningún futuro en forma categórica.

Como se ha dicho anteriormente, el procedimiento a seguir en estos casos excepcionales sería provocar el parto o realizarlo mediante una cirugía-cesárea- para evitar destruir el feto y que la viabilidad del mismo siga con el curso natural.

### 5.2.3 Indicación social y económica:

Según nuestro planteamiento, se debiera permitir abortar por el mismo periodo que establece el sistema de plazo, a saber 22 semanas, tomando en consideración la situación precaria de la mujer. Dado que el sistema que creemos que se debiese implementar sería un sistema mixto hasta el plazo mencionado, la mujer podría abortar durante el tiempo establecido sin justificación alguna. Sin embargo, desde las 22 semanas en adelante esta indicación no podrá utilizarse como fundamento de un procedimiento abortivo pues, a nuestro parecer podrían ocurrir prácticas abusivas. Si bien, el fin de nuestra reforma es proteger el derecho de maternidad, los casos en los que se permita abortar luego del plazo deben ser escasos y excepcionales por dos razones: por un lado no podemos desconocer la viabilidad del feto y su protección como bien jurídico, y por otro lado, el peligro que resulta para la mujer realizar un parto prematuro en un estado de embarazo avanzado.



#### 5.2.4. Indicación ética o humanitario

Se da en el caso en que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación siempre que el aborto se practique dentro de las 22 semanas establecidas en el sistema de plazos. Por tal razón, no resulta práctico detenernos en este punto pues, basta decir que se permite dentro del sistema de plazos.

#### 5.3 Sistema de reservar la autorización a una persona distinta de la mujer

El sistema de reservar la autorización a personas distintas de la mujer, tales como médicos o jueces, no debiera aplicarse en nuestra legislación antes de las 22 semanas, solo establecerlo de manera informativa y preventiva. Algunos han sostenido que la aplicación del sistema de reservar la autorización del aborto se explica por la razón de que la autorización dada por especialistas o por jueces tiene como fundamento evitar la interrupción de embarazos injustificados o arbitrarios; los partidarios de esta tesis hablan de la idea de dejar de lado la frivolidad (Arroyo, 1983: pp. 205-225). Criticamos dicha teoría puesto que parte desde un desconocimiento: creer que las decisiones "ligeras" de desear abortar se evitan a través de la información y asesoramiento a la mujer que solicita el aborto (Mueller, 1975: p.1164). El mayor de los argumentos parte que si una mujer, por más ligera que sea dicha decisión, no desea tener un hijo debe respetarse su decisión y no que el Estado le imponga un hijo que no ha deseado, puesto que las consecuencias negativas las sufrirá tanto la mujer como el propio niño y no el Estado o los que decidan por ella.

Se ha creído por dirigentes políticos y religiosos que se identifican con el movimiento pro-vida, que las prohibiciones legales y morales son el medio más eficaz para evitar el aborto. Sin embargo, el dilema que enfrenta hoy la mujer chilena consiste en que debe elegir entre un aborto informal o un hijo no deseado. Si bien hay casos donde terminan logrando una buena relación con el hijo, la evidencia demuestra que la posibilidad de que un niño producto de un embarazo no deseado termine siendo problemático, son significativamente más altas que en casos de que los niños sean finalmente deseados (Matejcek, 1985: p.136-149).

De esta forma, el sistema implementado en Chile debiera funcionar de la siguiente manera: el centro de asistencia o el médico de confianza a quien se dirige la mujer debe proporcionarle la información necesaria y ayuda pertinente a través de un facultativo especializado. En primer lugar, debe constatar el embarazo y luego de un plazo razonable para reflexionar y decidir (5 días), debiera emitir un certificado que le permita a la mujer realizar el aborto -dentro de un plazo de 22 semanas-, radicando exclusivamente en ella la decisión de abortar.

## VII. REFORMA DE LOS ARTÍCULOS DE NUESTRO CÓDIGO PENAL E INTERPRETACIÓN DE NUESTRA CONSTITUCIÓN Y DE OTRAS NORMAS PERTINENTES

### 1. Constitución Política de la República, artículo 19 N°1

Para poder plantear una reforma a nuestro Código penal, es menester cuestionarnos si la actual Constitución Política de la República que rige en nuestro país desde 1980, es compatible o no con el delito de aborto tipificado en nuestro Código penal. Dicho cuestionamiento surge de la protección que este cuerpo normativo da a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y, por otro lado, la protección a la vida del que está por nacer:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

1°.- 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.

Según la interpretación gramatical de dicho artículo, cabe concluir que nuestro ordenamiento jurídico y puntualmente nuestra Carta Fundamental, distingue entre aquellas personas nacidas (que serían titulares de derechos) y aquellas no nacidas. Con respecto a las primeras, es la misma Constitución la que directamente les otorga protección jurídica (La Constitución asegura a todas las personas (...)). Sin embargo, con respecto al no nacido o *nasciturus*, la Constitución se remite al legislador para que éste le de protección jurídica, es decir, igualmente le otorga protección pero de forma indirecta (La ley protege la vida del que está por

nacer (...)) (Mayer Lux, 2011: p. 64). En el mismo sentido, se podría plantear que el *nasciturus* solo tiene un derecho objetivo a la vida (Undurraga, 2013: pp. 99-102).

Así, consideramos que el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política en relación con los artículos 342, 343, 344 y 345 del Código penal chileno que tipifican las distintas figuras de aborto, debe interpretarse aludiendo al principio de “armonización o concordancia práctica”, utilizando el método de “interpretación progresista” (Contreras Matus, 2005: pp 315-316). Esto porque, como planteamos anteriormente con respecto al conflicto que se genera en nuestra Carta Fundamental con la regulación y protección de distintos bienes jurídicos, la protección que debe darse al *nasciturus* es respecto de terceros, de los agentes del Estado y/o distintos Estados y de la mujer embarazada solo en los casos en que el aborto esté prohibido (Arroyo, 1980: p. 69), otorgándole el carácter de bien jurídico protegido y no de titular de derechos y, por tanto, tampoco como objeto material del aborto (Queralt, 2002: p. 29). Así mismo lo ha entendido desde antaño el Tribunal Constitucional Español al señalar que “la vida del *nasciturus* o es un bien jurídico o es un objeto material, pero no las dos cosas a la vez”.

En conclusión, en ningún caso debe tomarse como desprotección al feto la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer embarazada en los casos que éste podría estar permitido, ya que dicha interrupción es expresión del derecho a la maternidad de la mujer, y no puede protegerse un bien jurídico vulnerando y negando protección a otro. En esta colisión de derechos, se debe hacer un análisis de ponderación para determinar en cada situación qué bienes jurídicos o qué bien jurídico en particular predomina (Balmaceda Hoyos, 2014: p. 62).

En este sentido, hacer una interpretación restrictiva de la norma antes citada, llevaría a la afectación negativa de gran parte de los Estados americanos que permiten el aborto, puesto que según el criterio que adopta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con respecto a la interpretación del artículo 4 N°1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), al agregar la frase “en general”, estaría evitando que aquellos Estados que han despenalizado el aborto en alguna de sus formas, sea incompatible con dicha Convención.

## 2. Normas pertinentes en el Código civil chileno.

Con respecto al Código civil chileno, es importante abarcar sucintamente la problemática sobre el concepto “persona” que utiliza nuestra Carta Fundamental ya que ésta no lo define, aunque sí lo hace la ley. El artículo 55 del Código civil, cuando se refiere a la persona natural, la define de la siguiente manera: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Luego, el mencionado Código presenta en su artículo 74 una referencia a la existencia legal de la persona: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. De esta manera, podemos afirmar que antes de nacer no existe legalmente una persona. A mayor abundamiento, el artículo 74 agrega: “La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. Así, no caben más cuestionamientos y solo nos queda afirmar que antes de nacer, el ser humano no es ni ha sido persona para efectos legales (Figueroa, 2007: p. 96).

Sin embargo, como ya hemos expuesto anteriormente, esto no impide que se deba proteger la vida del feto. Establece el artículo 75 del mismo cuerpo normativo: la ley protege la vida del que está por nacer y el juez puede adoptar todas las providencias que juzgue pertinentes para proteger la existencia del no nacido siempre que crea que de algún modo peligra. De esta misma forma, la ley confiere al no nacido derechos sucesorios. Sin embargo, están condicionados al nacimiento supervivencia un momento siquiera. Por lo tanto, nacer y sobrevivir un momento siquiera es un requisito indispensable para ser persona legal. Así, solo son legalmente personas para el Código civil los seres humanos que hayan nacido.

## 3. Reforma de los artículos 342 a 345 del Código penal chileno

Tomando como modelo los Códigos penales en relación al tratamiento del aborto en los casos de España y Holanda, consideramos que los artículos respecto a al tema en nuestro Código penal deberían reformarse de la siguiente manera:

**Art. 342.** El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada<sup>22</sup>.
2. Con la pena de presidio menor en su grado máximo si, aunque no la ejerza, obrare sin el consentimiento de la mujer embarazada<sup>23</sup>. Misma pena se impondrá al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.
3. Con la de presidio menor en su grado medio, si obrara con el consentimiento de la mujer y *fuera de los casos permitidos en la ley*<sup>24</sup>

**Art. 343.** El que por imprudencia grave<sup>25</sup> ocasionare un aborto será castigado con la pena de multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional<sup>26</sup> se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

**Art. 344.** La mujer que causare su aborto<sup>27</sup> o consistiere que otra persona se lo cause, *fuera de los casos permitidos por ley*, será castigada con presidio menor en su grado máximo

---

<sup>22</sup> Una postura señala que no debiera existir este inciso y que la violencia debiera resolverse cada caso mediante el correspondiente concurso de aborto con lesiones, amenazas, etc. (Serrano Gomez y Serrano Maillo, 2006: p. 81)

<sup>23</sup> Se entiende que falta el consentimiento cuando se presta con algún vicio que lo invalida. La mujer desconoce que están desarrollando sobre ella prácticas abortivas y cree que se está llevando a cabo cualquier otro tipo de actividad, normalmente que tienen fines curativos, por ejemplo, alguna intervención quirúrgica o incluso, aun sospechando no se atreve a oponerse pues, puede estar privada de su capacidad para decidir por algún tipo de droga (Serrano Gómez y Serrano Maillo, 2006: p. 81).

<sup>24</sup> Para que el consentimiento esté viciado, no debe ser una mujer menor de 18 años o incapaz (Serrano Gómez y Serrano Maillo, 2006: p.82).

<sup>25</sup> Se entiende por imprudencia grave cuando el sujeto no observa el deber objetivo de cuidado que le es exigible a una persona media o normal. ( Sent. de 29 de feb. 1996. 10 dic 2002. Vid. supra págs. 28 y ss.). Solo son punibles los casos de imprudencia grave, la imprudencia leve tiene su solución por vía civil (Conchita Molina y Sieira Muciente, 2000. p. 141-153)

<sup>26</sup> Deben cometer descuidos que van más allá de lo permitido. El profesional se encuentra en posición de garante y como tal debe velar para que el embarazo se desarrolle con normalidad. Sin embargo, no se castiga cualquier tipo de imprudencia, sino solo la que se considera grave. Resulta complejo establecer cuándo se trata de una imprudencia grave, siendo en varias oportunidades resuelto por los tribunales en legislaciones comparadas. Sent. 29 feb 1996: “respecto de la imprudencia temeraria profesional ( hoy denominada grave), son requisitos básicos del delito de imprudencia. a) una acción y omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado en la actividad de que se trate; c) creación de un riesgo previsto y evitable; y d) producción de un resultado dañoso, en adecuada relación de causalidad(...)”. Por tanto, se observa que la imprudencia exige un doble elemento, psicológico: de prever, en el sentido de conocer y evitar el evento dañoso y, el elemento normativo representado por la infracción del deber de cuidado.

<sup>27</sup> Existen diferentes opiniones al respecto. Algunos sostienen que el auto-aborto solo permite ser castigado en grado de consumación (Rosal Fernandez, Cobo de Rosal y Rodríguez Mourullo, 1962: p.339) y otros, en cambio, que sostienen que sería punible la tentativa ( Serrano Gómez y Serrano Maillo, 2006: p.83)

**Art. 345.** Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

- a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;
- b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;
- c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
- d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Nos remitimos al fondo del asunto y no nos limitamos a establecer las penas correspondientes, manteniendo las existentes en el Código penal.

#### 4. Establecimiento de reglamento y protocolo médico

Si bien ya hemos resuelto gran parte de las interrogantes de este trabajo en torno a la nueva regulación que consideramos correcto sobre el aborto, es imperativo determinar aspectos de detalle que no pueden quedar únicamente bajo la tarea legislativa (Cordero Quinzacara. 2009: pp. 409 440). El poder ejecutivo, haciendo ejercicio de su potestad reglamentaria, debe proporcionar al menos un reglamento que ejecute las nuevas propuestas que hemos planteado en este trabajo.

Los servicios públicos y demás organismos, de conformidad con sus respectivas competencias, deberán llevar a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece esta nueva regulación del aborto que anteriormente hemos descrito, y para cumplir con este cometido, consideramos correcto el modelo del sistema que ha implementado España desde el año 2010 en la regulación de su Ley Orgánica 2/2010 del 3 de marzo, sobre “Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. A nuestro parecer, el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, sobre “Garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo” que regula dicha ley, contiene los elementos básicos que

en Chile debiera contener un reglamento sanitario, esto es, que ejecute la nueva normativa que planteamos sobre el aborto y asegure un protocolo médico cuya vulneración traiga consigo responsabilidad médica por parte del facultativo que ejecute las prácticas abortivas <sup>28</sup>, tal como ocurre en España (Pérez García y Jerez Delgado, 2005. pp: 221-250). Los profesionales tienen el deber de adoptar, dentro de lo que resulta económicamente exigible, las medidas que satisfacen las expectativas normativas de seguridad que los terceros tienen respecto de su capacidad como expertos (Barros Bourie, 2010: pp. 655-868).

---

<sup>28</sup> Artículo 3. Garantías básicas de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo por el Sistema Nacional de Salud.

1. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma bajo alguna de las formas previstas en la legislación sanitaria, cualquiera que sea el régimen jurídico mediante el cual se articule esta vinculación.

2. Si, excepcionalmente, el servicio público de salud donde la mujer embarazada haya solicitado la asistencia no pudiera facilitar en tiempo la prestación, el citado servicio público de salud le reconocerá a la solicitante el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. El reconocimiento del citado derecho y el compromiso de asumir el abono de la prestación se considerarán realizados tácitamente, si trascurrido un plazo de diez días naturales desde la solicitud de la prestación, la mujer solicitante no ha recibido del correspondiente servicio público de salud indicación del centro sanitario donde se realizará la prestación.

3. Cuando el servicio público de salud opte por facilitar la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo con medios ajenos, estos centros deberán estar acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 4. Acreditación de los centros sanitarios para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

1. Los centros o establecimientos públicos que cumplan con lo establecido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y con los requisitos mínimos comunes contemplados en el anexo de este real decreto, quedarán acreditados automáticamente para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. De conformidad con las competencias que corresponden a las comunidades autónomas, la autoridad sanitaria responsable acreditará cada uno de los centros o establecimientos sanitarios privados que, cumpliendo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y con los requisitos mínimos comunes contemplados en el anexo de este real decreto, lo soliciten.

3. Las autoridades sanitarias publicarán y mantendrán actualizadas las relaciones de los centros acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 5. Inspección y control de los centros sanitarios acreditados.

1. Todos los centros acreditados se someterán a la inspección y control de las administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

2. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos expresados en el artículo anterior y al efectivo cumplimiento de las condiciones necesarias de calidad asistencial de la prestación.

Artículo 6. Tratamiento de datos y protección de la intimidad y confidencialidad.

1. Los centros o establecimientos públicos o privados acreditados conservarán la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, así como el consentimiento expreso de la mujer embarazada.

2. Los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo garantizarán la intimidad de las mujeres y la confidencialidad del tratamiento de sus datos de carácter personal, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

## VIII. Conclusión

1. Nuestra legislación presenta innumerables problemas respecto a la penalización del aborto, pues no cumple con el fin planeado desde el punto de vista político criminal, es decir, castigar a todos quienes realicen abortos, incluso a las mujeres que consintieren en que se les practique un aborto; Chile es uno de los países más retrógrados en este tema ya que en la mayoría de las legislaciones comparadas, el aborto se encuentra despenalizado puesto que es una realidad que existe y seguirá existiendo y que por tal es necesario que el Estado se haga cargo de aquello, tomando las medidas que fueren necesarias para su adecuada realización y así evitar las consecuencias negativas que generan la interrupción del embarazo de manera clandestina e ilegal que en muchas ocasiones, puede terminar en la muerte.
2. Nuestra sociedad sí se encuentra preparada para un cambio en nuestra legislación penal y dar un vuelco significativo permitiendo el aborto a través de un sistema de plazos e indicaciones (sistema mixto), como ya hemos establecido en el presente trabajo. Las mujeres chilenas abortan cada año y es una práctica habitual desde antaño. Incluso, en los últimos años, la iglesia católica no ha significado una barrera significativa para debatir en torno al tema. Es más, existen importantes sectores que señalan estar de acuerdo con su despenalización en determinados casos.
3. Ha quedado establecido que nuestra Constitución distingue entre personas nacidas y no nacidas, otorgándole a estas últimas una protección indirecta, dejando bajo la tutela legal dicha protección. Argumentar que nuestra constitución prohíbe el aborto sería argumentar que la mayoría de las legislaciones comparadas han violado sus constituciones y los tratados internacionales. La interpretación que debemos hacer de nuestro artículo 19 N°1 debe ser de manera progresista pues, la protección del feto debe entenderse respecto a terceros y al Estado y no a la madre (dentro de determinados casos), ya que ella hace uso de su derecho a la maternidad.



4. El sistema que creemos correcto y que permitiría lograr un pleno respeto por los derechos de la mujer, sería un sistema híbrido: por una parte un plazo de libre elección del aborto por un máximo de 22 semanas y después de estas 22 semanas, un sistema de indicaciones solo en casos excepcionales: cuando la esperanza de vida del feto sea inviable o cuando la vida de la mujer se encuentra en grave peligro. En este último caso, ya no estaríamos hablando de aborto sino de parto prematuro, por lo que el procedimiento a realizar sería menos dañino para el feto, incluso con posibilidad de vida.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Zapatero, Luis. (1980) "Prohibición del aborto y Constitución" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*.
- Balmaceda Hoyos, Gustavo (2014) "*Manual de Derecho Penal. Parte especial*" Editorial LIBROTECNIA, Santiago. Chile.
- Barros Bourie, Enrique (2001) "*Tratado de Responsabilidad extracontractual*". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- Cobo del Rosal, M., Rodríguez Mourullo, G (1962). "*Derecho penal español. Parte especial*". Madrid.
- Contreras Matus, Pamela Andrea.(2005) "Interpretación constitucional: un régimen especial" en *Revista de Derecho y humanidades* N° 11.
- Cordero Quinzacara (2009) "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria" En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°32. XXXIII pp. 409-440
- Corporación Humanas e Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile (2007) "*Mujer y Política*".
- Cuello Calón, Eugenio (1931) "*Cuestiones penales relativas al aborto*". Editorial Librería Bosch, Barcelona.
- Darrin, Dixon. (2008) "*Informed Consent or Institutionalized Eugenics? How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome*" *Expreso*. Disponible en [http://works.bepress.com/darrin\\_dixon/1](http://works.bepress.com/darrin_dixon/1).
- David, HP (1988) "*Born unwanted, 35 years later: the Prague Study*" Praga, 1988.
- De la Barrera Solórzano (1991) "*El delito de aborto, una careta de buena conciencia. Instituto nacional de estudios criminales*", México, 1991.
- Diccionario de la lengua española (DRAE), 22ª edición. 2014.
- Estudios Penales y Criminológicos (1987). "*La tímida despenalización del aborto en España*", vol. X. Cursos e Congresos n° 47. Servicio de Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN.
- Faúndez, Aníbal., Barzelatto, José (2007) "*El drama del aborto. En busca de un consenso*" LOM ediciones, Santiago, Chile.

- Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2007) "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto". en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Valdivia. N° 2, Vol. XX. p. 96.
- Figueroa, G (2001) "*Derecho civil de la persona humana*" Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile
- Garrido Montt, Mario (2010) "*Derecho penal. Parte especial. Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- García Valdés(1980) "*Notas sobre el Proyecto de Código Penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid.
- Gayán, Patricio ( 2000) "El aborto desde el punto de vista gineco-obstétrico" En *Memoria Simposio Nacional Leyes para la salud y la vida de las mujeres: Hablemos de aborto terapéutico*. Chile., pp. 21 y 28.
- Gobierno de Chile (Octubre 2012). "*Los objetivos sanitarios para la década 2000-2010*" Publicado por el Ministerio de Salud, Departamento de Epidemiología, Chile
- Guajardo, Alejandro y Jara, Myriam (2010) "*El aborto en Chile, argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas*", Editorial APROFA Chile,
- Guzmán Dálbora, José Luis (2012) "Aborto: Delito arcaico, punible regresiva y explotación social" en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°17.
- Hubner, María Eugenia; Ramírez, Rodrigo (2002) "sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro" En *Revista médica de Chile*. Vol. 130, N°8, Santiago, Chile, pp.931-938
- Huerta Tocildo, Susana( 1983): "*Criterios para la reforma del delito de aborto*", Editorial Santiago Mir, Barcelona
- Jerez Delgado, Carmen., Pérez García, Máximo Juan. (2005) "La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico español" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI pp. 221-250.
- Landrove Díaz, Gerardo (1976) "*Política criminal del aborto*", Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- Lagos Lira, Claudia (2001) "*Aborto en Chile*" Editorial LOM, Santiago, Chile, p. 18
- Matejcek, Znedec (1985) "*Follow-up study of children born to women denied abortion*", London.
- Mayer Lux., Laura "La vida del que está por nacer como objeto de protección legal" (2011). en *Revista de Derechos fundamentales*, N° 5, Universidad de Viña del Mar. p. 64
- Mueller, B (1975) "*Medicina Legal*, editor. Gerichtliche medizin, Berlin.
- Organización mundial de la salud (2004). "*Unsafe abortion: Global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000*". 4ta. Edición Ginebra.

- Organización Mundial de la Salud (1974) “*Maduración de los sistemas orgánicos del feto*”. Serie de informes técnicos N° 540. Ginebra
- Politoff, Sergio; Matus, Jean.Pierre y Ramírez, M (2005) "*Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*". Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile. págs. 85-109.
- Queralt Jiménez, Joan J.(2002) "*Derecho penal español. Parte especial*" 4ta edición, Editorial Atelier, Barcelona, pp. 29-46.
- Reviriego, F (1998) “*Otro estudio más sobre el aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*”: Instituto de derecho humanos "Bartolomé de las Casas", Dickinson, Madrid.
- Rodríguez Castro, Justo (1985)“El bien jurídico protegido en los delitos contra la vida”. En *Revista Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, España.
- Rodríguez Muñoz, José; Rodríguez Devesa, José María; Oneca, Anton; et al. (y otros). (1949) "*Derecho Penal, Parte Especial*. Editorial Akal, España, Barcelona.
- Sentencia de casación en el fondo de la Corte Suprema. Chile (1963). En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LX, 2° parte, Sec. 4°, p. 232-247.
- Sentencia de la Corte Suprema. Chile (1948).Rol 378-381. En *Gaceta jurídica*. 2° Semestre, N°66, p. 378.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.
- Sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1981. *Caso2141 v/s Estados Unidos*
- Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maillo, Alfonso (2006) "*Derecho Penal: Parte Especial*". 11. Edición Editorial Dickinson, Madrid pp. 71 y ss.
- Silva Silva, Hernán (2008) “*Medicina Legal Y Psiquiatría Forense*”, Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Undurraga, Verónica (2013) “*Aborto y protección del que está por nacer en la constitución chilena*” Thomson Renters, Chile.
- UNICEF, “*State of the World's Children*”. Informe del año 2011
- Urruela Mora (1997)"*Sobre el delito de aborto imprudente a la luz del anterior y del actual CP*".A. en AP, Madrid.
- Verspieren, S (1979) ”*Avortement: quelle législation pour demain?*”, Etudes, France.
- Viel, Benjamin. “*crecimiento de la Población de Europa y las Americas*” 1982. PROFAMILIA/ACEP

- Vilella, Fabiola y Linares, Jorge "Diagnostico genético prenatal y aborto. Dos cuestiones de eugenesia y discriminación", en *Revista de bioética y derecho*, N° 24, Barcelona.
- Vives Anton, Tomás (1985) "Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido". en *Revista española de Derecho constitucional*. pp. 111-122.
- Zúñiga Fajuri, Alejandra (2011) "Aborto y derechos humanos". En *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol.24, N° 2. pp. 163-177. disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200007>
- Zúñiga, Yanira (2006) "Dictamen del Comité de Derechos Humanos recaído sobre la comunicación n° 1153/2003 contra Perú en materia de aborto terapéutico", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIX N°1, pp. 253-267.
- World Health Organization Unsafe Abortion.(2011) "*Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality*" sixty Edition, Geneva.