

CONSIDERACIONES ETICO-JURIDICAS SOBRE EL ABORTO TERAPEUTICO

Jorge E. Precht Pizarro

Profesor de Derecho Administrativo

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Contrariamente a lo que se insinúa de los temas referidos al divorcio, aborto y sexualidad y familia son temas clásicos en la ética cristiana. Sólo respecto al tema del *aborto y de aborto terapéutico* se pueden citar en castellano los siguientes textos:

- J. MAUSBACH - G. EMECKE: Teología Moral Católica. Editorial EUNSA, Capítulo 15. Respecto al Cuerpo y a la Vida del Próximo, pp. 224 a 226.
 - MARCIANO VIDAL: Moral de Actitudes, tomo II. Ética de la Persona. El Aborto desde el punto de vista moral, pp. 222 a 237. P.S. Editorial, Madrid, enero 1979.
 - CHARLES J. MCFADDEN. Ética y Medicina, Ed. Studium, El Aborto Directo, pp. 138 a 149.
 - ANTONIO HORTELANO: Problemas Actuales de Moral, tomo II: La Violencia, El Amor y la Sexualidad, Ediciones Sígueme, Aborto, pp. 117 a 143.
- Y más recientemente en Chile mismo ha sido publicado el de ANTHONY MIFSUD S.J.: Moral de Discernimiento, tomo II: El Respeto por la vida humana (Bioética), pp. 11 a 69, Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación, Santiago, 1985.

En consecuencia, es previo a iniciar un debate sobre un tema clásico, conocer las razones por las cuales la Iglesia y los moralistas católicos han tomado la postura que han tomado, antes de adjetivar sobre ella o pretender que actúa con superficialidad o prejuicio.

2. CONCEPTOS BASICOS

Concepto de *aborto*: Desde el punto de vista médico el aborto es la interrupción de un embarazo en un período previo a la viabilidad fetal, es decir, cuando aún no puede vivir fuera del útero materno (28 semanas).

La Moral Católica acepta esta definición médica como también acepta la distinción médica entre *aborto espontáneo* y *aborto provocado*. (Véase CMS Demographic Yearbook 1976, New York, United Nations, 1977, p. 4).

Debe distinguirse el aborto provocado de la *aceleración de parto*: "Entendemos por *aborto provocado* la acción en virtud de la cual se realiza intencionalmente la expulsión de un feto vivo, pero no-vital (es decir incapaz de vivir

fuera del útero materno). Se distingue del aborto espontáneo, en que el embarazo se interrumpe por diversas circunstancias, sin que exista intencionalidad de lograr dicho efecto. Igualmente debe diferenciarse de la aceleración del parto que tiene lugar cuando se extrae del seno materno un feto vivo y vital, es decir, capaz de sobrevivir fuera del seno materno (en general, a partir del 7º mes de embarazo)" (J. GAFO: *Nuevas Perspectivas en la Moral Médica*, IEE, 1978, p. 135).

Estrictamente hablando, el *aborto terapéutico* es el que se practica cuando el embarazo está poniendo en grave peligro la vida o la salud de la madre gestante.

Debe distinguirse el aborto terapéutico del *aborto eugénico* que es el aborto provocado para eliminar al ser concebido que presenta una anomalía congénita o alguna malformación grave.

3. FRECUENCIA DE LAS SITUACIONES MEDICAS QUE PODRIAN DERIVAR EN UN ABORTO TERAPEUTICO

Médicamente hablando, todos los autores consultados coinciden en que "las indicaciones médicas para la realización del aborto terapéutico son prácticamente nulas" (J. GAFO, p. 137, o.c.) y aunque, por efecto de las limitaciones de la asistencia médica, no fueran ellas prácticamente nulas, son extraordinariamente escasas en un país como el nuestro.

En efecto, la moderna cirugía y los cuidados clínicos de embarazo van aliviando cada vez más el camino a la posibilidad cierta de salvar la vida de la madre y del niño. Lo que la Iglesia Católica y la moral católica condenan como ilícito es también rechazado por la ciencia de la terapéutica. La "indicación médica" está ya a punto de desaparecer, ya que las complicaciones del embarazo y del parto se superan por medios distintos de la muerte del niño.

Así, por ejemplo, el doctor KEITH P. RUSSELL publica ya en 1953 —es decir, hace ya casi 40 años— un artículo en el *Journal of the American Medical Association* (10 de enero de 1953) cuya conclusión es la siguiente: "Hasta hace unos diez o veinte años, el *aborto terapéutico* fue un procedimiento relativamente bastante común (o sea, escúchese bien hasta 1933 o 1943), bien aceptado por la mayoría de los médicos como el más apropiado para preservar la vida de la madre o su salud, en complicaciones especiales del embarazo... Durante los pasados diez años, sin embargo, se ha ido señalando más y más el hecho de que muchas indicaciones sobre el aborto terapéutico son ya *insostenibles a la luz de los progresos de la ciencia médica*. Esta realidad ha estimulado a muchas instituciones y organizaciones a estudiar cuidadosamente este procedimiento y revalorar sus métodos en orden al feliz éxito en la solución de los problemas asociados con las complicaciones del embarazo. El gran decrecimiento de la mortalidad materna ha evidenciado que muchas de las complicaciones, que antes se consideraban adversas a la vida de la madre, puedan ser ahora tratadas satisfactoriamente y con gran provecho para el bienestar de la misma".

El procedimiento médico más frecuentemente usado para evitar llegar a situaciones médicas de aborto llamado terapéutico, es la *Amniocentesis*: procedimiento simple y casi indoloro que consiste en extraer una pequeña cantidad de líquido amniótico. Haciendo crecer las células fetales extraídas, el médico está habilitado para detectar anomalías cromosómicas y anomalías en el

feto. Este análisis da casi un perfil completo del niño no nacido. Aproximadamente 2.000 enfermedades son causadas por defectos en el contenido o en la expresión genética de la molécula DNA. Aproximadamente el 40% de estas enfermedades puede ser detectada por amniocentesis (ver CH. FADDEN: *The dignity of life*, Indiana: Our Sunday Visitor Inc. 1976, pp. 57 y 58).

Por eso en agosto de 1953 los doctores Roy Hefferman y William Lynch, en su artículo en el *American Journal of Obstetrics and Gynecology* afirmaban que "no hay complicaciones en los embarazos que no puedan ser superados felizmente con una adecuada asistencia prenatal. Todo aquel que lleva a cabo un aborto terapéutico es o un ignorante de los métodos médicos o no quiere tomarse el tiempo y la molestia de aplicarlos convenientemente".

La supresión del artículo 119 del Código Sanitario Chileno: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de los médicos cirujanos", responde entonces a los avances de la ciencia médica.

El profesor Alejandro Kusmanic afirma que: "El enorme avance que ha producido en los últimos años en el tratamiento de las enfermedades renales y en la hipertensión que habitualmente les acompaña, ha significado que el aborto terapéutico desde el punto de vista de la nefrología sea una decisión excepcional" (Cuadernos de Trabajo Médico Nº 4, Colegio Médico de Chile, noviembre 1989, página 11). El doctor Patricio Gayán, al ver la situación desde el punto de vista del cáncer, dice: "La asociación de cáncer y embarazo es bastante baja. Según la revisión bibliográfica internacional, esto no va más allá de una por cada 1.100 gestaciones. Me refiero a todos los cánceres en general, no solamente a los gínito-mamarios. De modo que en la práctica, la frecuencia que el gineco-obstetra se encuentra enfrentado a esta situación es relativamente baja" (*ibídem*, p. 15). Y la doctora Emma Acuña agrega que la ecotomografía permite el diagnóstico precoz del embarazo ectópico y mucho más escasas aún serían las enfermedades trofoblásticas (*ibídem*, p. 22).

4. TRATAMIENTO ETICO DEL ABORTO TERAPEUTICO

Supuesto que estamos hablando de un *aborto terapéutico estricto*, esto es, que se estuviera ante uno de esos hoy muy poco frecuentes casos en que está en juego la vida de la madre y la del niño y supuesto que no estamos ante los casos de *aborto terapéutico extendido*, esto es, que ya no se trate estrictamente de la vida de la madre, sino de su salud, incluso ampliada a la salud mental de la madre (el llamado *aborto psiquiátrico*) y que no estemos tampoco en el caso de hablar de aborto terapéutico para simplemente camuflar una *legalización del aborto*, la posición de la ética católica se puede resumir de la siguiente manera:

- "Con relación al peligro de la existencia de la madre o de gravísimas complicaciones permanentes, la doctrina moral católica recuerda que no se puede eliminar directamente una vida (sea la del hijo o la de la madre), incluso para salvar otra vida, porque ningún fin bueno justifica el homicidio de una persona inocente. Por tanto, *el aborto directo, aunque sea terapéutico, es moralmente un crimen*. Sin embargo, es lícito cualquier intervención curativa sobre el cuerpo de la madre que se juzgue inaplazable y eficaz, aunque luego provoque la consecuencia de un aborto. Es el llamado *aborto tera-*

péuico indirecto (como es el caso de un tumor, en que se puede eliminar el útero, aunque esté en gestación). Así, en el caso del embarazo ecotópico, puede tener lugar una intervención en la trompa en estado patológico, provocando el aborto". (G. DAVANZO):

"Aborto" en *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*, Madrid, Paulinas, 1978, pp. 15-16).

- "Gracias al progreso de la medicina, la situación de conflicto no es muy frecuente hoy día, al menos en hospitales bien equipados. Pero esto aún puede suceder. En esta situación no es apropiado decir que la vida de la madre se prefiera a la vida del niño no nacido, porque no hay casos en los cuales la vida del feto pueda ser salvada tomando la vida de la madre. Más bien estamos enfrentados aquí con los casos en donde la única elección es dejar morir a ambos o salvar la vida a la madre. En tal intervención, el niño es privado de antemano de cualquier posibilidad de ser mantenido vivo, y su vida inconsciente es acortada por sólo un corto período. Franz Boeckle ha expresado correctamente lo que parece ser hoy día la opinión casi general entre los teólogos moralistas católicos y la convicción general de los médicos de distintos puntos de vista de todo el mundo: no es un asunto de preferir, o a la madre o al niño, o al niño antes que a la madre, sólo una elección entre la vida que puede ser salvada y la que no puede ser salvada. *Como en todos los juicios prácticos de este tipo no hay otro requerimiento que el de una certeza moral.* En esta evaluación de los resultados vemos la justificación moral de una interrupción del embarazo médicamente indicado en un conflicto vital. Más allá de este caso no veo razones plausibles que pudieran justificar moralmente una interrupción del embarazo". (B. HARING, *Free and Faithful in Christ* (III), New York, Crossroad, 1981, p. 33)".

5. TRATAMIENTO JURIDICO DEL ABORTO TERAPEUTICO

El Código Penal Chileno sanciona *el aborto* en los artículos 342 a 345.

Las penalidades son las siguientes, siempre que se causare maliciosamente el aborto:

- 1º Si se ejerce violencia en la persona de la mujer (5 a 10 años de prisión).
- 2º Sin consentimiento de la mujer aunque no ejerciere violencia (3 a 5 años de prisión).
- 3º Con consentimiento de la embarazada (541 días a 3 años de prisión).

Las principales sentencias acerca del tema son las siguientes: (C. Suprema, 30 de agosto de 1943, Considerando 12, *Gaceta*, 2º Sem., p. 140, R.C. Penal año 1943, t. 6, p. 464, C. Suprema, 4 de noviembre de 1948, considerandos 9º y 10º, *Gaceta*, 1948, 2º Sem., p. 378; C. Suprema, 6 de junio de 1955, considerando 5º R., t. 52, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 74; C. Suprema, 19 de octubre de 1955, considerando 6º, R., t. 52, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 198; C. Suprema, 8 de abril de 1963, considerando 5º, R., t. 60, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 84; C. Suprema, 22 de mayo de 1963, considerando 5º, R., t. 60, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 248).

De ellas extractamos las dos siguientes:

- (1) "... el delito de aborto no está definido en el Código Penal, el que se limita a castigarlo en los distintos casos de que tratan sus artículos 342 a 345, y aunque por etimología de la palabra con que se le designa, lleva envuelta la idea de separación del feto en relación con el cuerpo de la madre, idea que corrobora su definición según el Diccionario de la Lengua y algunos autores, en sentir de muchos tratadistas de Derecho Penal y de Medicina Legal, corresponde a un concepto más amplio, que comprende toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo, impidiendo que él llegue a su término natural, cual es el nacimiento del producto de la concepción;" "...este último concepto es más conforme con el espíritu de la ley, porque el bien jurídico que ella se propone proteger, tanto dentro del Derecho Penal como de la Legislación Civil, es la vida del ser que está por nacer y para ese fin no tiene importancia que el feto se haya desprendido o no del cuerpo de la madre, siendo esencial que se le haya privado de la vida, aunque sea dentro del seno materno;" (C. Suprema, 6 de junio de 1955, considerando 5°).
- (2) "...En el silencio del legislador acerca de lo que debe entenderse por aborto, ha sido acertada la sentencia al estimar que el delito de aborto consiste en la interrupción del embarazo, hecho maliciosamente con el propósito de evitar el nacimiento de la criatura o interrumpir el curso progresivo del estado de gravidez". (C. Suprema, 22 de mayo de 1963, considerando 5°).

Ahora bien, es claro que *el aborto terapéutico indirecto* no reúne las características de maliciosidad que se exigen para la tipificación delictual del aborto y en el *aborto terapéutico estricto*, sólo la certeza moral en el caso concreto permitirá determinar si este elemento de la maliciosidad se encuentra presente, por lo que también abortos terapéuticos estrictos en caso en que la vida del feto no puede ser salvada no constituirán jurídicamente abortos y no podrán ser penalizados conforme a la legislación actual, así por ejemplo el vaciamiento del útero para un tratamiento por radiación de un cáncer cérvico-uterino.

5.a *¿Es la ley un instrumento jurídico adecuado para tratar un tema como el del aborto terapéutico estricto?*

Desde Aristóteles, en su *Ética*, a Nicómano se entiende a la ley como una norma general y abstracta, por lo que ella es inadecuada para regular situaciones casuísticas. Menos conveniente es aún utilizar la ley para enfrentar una casuística poco frecuente y en la que la certeza moral en el juicio práctico concreto en un aborto terapéutico indirecto, debe ser dejado al facultativo.

Tampoco parece un lugar apropiado para debatir problemas de bioética, poco frecuentes hoy en día, el foro parlamentario, ni podría la ley señalar los casos en que se autorizaría el embarazo.

Así, por ejemplo, es difícil imaginar una ley que responda a los criterios del artículo 60 N° 20 de la Constitución y señale en su texto que (hipotéticamente) se autoriza a interrumpir el embarazo "para poder efectuar la terapia indicada, por ejemplo, cáncer invasor del cuello uterino, cáncer metastásico de mama, etc., en que el tratamiento de todas maneras afectará la vida embrionaria o fetal o eventualmente puede significar un altísimo riesgo de malformación congénita".

nita" o que contenga ideas como la siguiente: "por otro lado y también a consecuencia de los avances técnicos aplicados a la medicina actual es posible hoy en día hacer diagnósticos con certeza de algunas patologías fetales que son de suyo incompatibles con la vida en forma absoluta como son feto acráneo, anencéfalos, ventrículo único, etc.". (Conceptos contenidos en la Carta de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología en respuesta a carta consulta de la Segunda Comisión Legislativa. La carta fue dirigida al General Matthei, al discutirse un proyecto completo sobre aborto del que derivó únicamente la modificación al artículo 11º del Código Sanitario).

En efecto, el problema debería ser más bien tratado en los Códigos de Ética de la profesión Médica y no en una ley. Y en ese sentido ya existe un tratamiento del tema en el *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* (aprobado por el H. Consejo General en Sesión Nº 64, mediante acuerdo Nº 231, del martes 22 de noviembre 1983, cuyo artículo 26, en el Título II: De los Deberes del médico hacia los enfermos dice:

"*artículo 26:* El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción.

El aborto procede solamente cuando se cumplen las condiciones siguientes:

- (a) Se efectúa como medida terapéutica.
- (b) La decisión sea aprobada por escrito al menos por dos médicos escogidos por su competencia
- (c) La operación sea efectuada por un médico especialista.

"Si el médico considera que su convicción no le permite aconsejar o efectuar un aborto, él debe retirarse, permitiendo la continuidad del cuidado médico con otro médico calificado".

Más bien, el *campo propio de la ley* y de la acción política pareciera estar en *la lucha por eliminar las causas del aborto*. Así lo dice para los juristas católicos el documento de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe en la Declaración sobre el Aborto Provocado (18 de noviembre de 1974): "No se puede jamás aprobar el aborto, pero, por encima de todo, hay que eliminar sus causas. Esto comporta una acción política, y ello constituirá, en particular, el campo de la ley" (Nº 26).

5.b Puntos aclaratorios

Debe aclararse si lo que se quiere es regular el aborto terapéutico estricto, o facilitar una extensión tal del concepto del aborto terapéutico que signifique *una legislación autorizatoria fáctica del aborto provocado* o comprender dentro de él también al aborto eugénico, esto es eliminación de un ser que presenta anomalías congénitas o malformaciones o finalmente una extensión de lo terapéutico del aborto también a la salud de la madre en su conjunto, incluyendo su salud mental.

Es un punto de reflexión la observación del psiquiatra Guillermo Hernández, en la publicación ya citada del Colegio Médico: "los alcances tecnológicos de la biomedicina y sus consecuencias sobre el diagnóstico prenatal, genera información que tiene impacto sobre la embarazada dando lugar a la posibilidad de tomar la decisión de abortar en virtud a una causa distinta a la mencionada de

embarazo no deseado. Se ve venir cambios de tal grado que no es absurdo pensar que una causa para decidir un aborto sea la presencia de un feto normal, pero de características fenotípicas y aún genotípicas distintas a las deseadas por sus padres" (p. 27).

Frente a ello debe rechazarse todo aborto provocado, incluido el terapéutico directo por las siguientes razones:

5.b.1 Que ello es inmoral.

5.b.2 Que ello es contrario a la actual Constitución de la República.

5.b.1 *Es inmoral*, porque la vida humana debe ser respetada desde el primer momento de la concepción ya que el proceso embrionario es un proceso continuo sin saltos cualitativos.

El aborto directamente provocado es moralmente ilícito: "En realidad, el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo se inicia una vida que no es ni del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegará nunca a ser humano si no lo fuese ya en aquel momento".

"A esta evidencia de siempre (totalmente independiente de las disputas sobre el momento de la animación), la ciencia genética moderna aporta preciosas configuraciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente, a saber, un hombre y un individuo, provisto ya con todas sus notas propias y características."

"Con la fecundación ha comenzado la maravillosa aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar. Lo menos que se puede decir es que la ciencia actual, en su estado más evolucionado, no da ningún apoyo sustancial a los defensores del aborto. Por lo demás, no es incumbencia de las ciencias biológicas dar un juicio decisivo acerca de cuestiones propiamente filosóficas y morales, como son la del momento en que se constituye la persona humana y la legitimidad del aborto". (Declaración sobre Aborto Provocado, de la Santa sede, 1974).

"La vida viene de Dios y, por ende, para todo cristiano el derecho a la vida es sagrado.

Ninguna autoridad, ni tampoco ninguna indicación puede justificar un aborto directo".

Ya Paulo VI, en su Encíclica sobre la Vida Humana: "No es lícito el aborto terapéutico en cuanto se trata de un aborto directo. Hay que aclarar una vez más como vía ilícita para regular la natalidad la interrupción del proceso generador ya iniciado especialmente el aborto directamente querido y procurado, incluido el terapéutico" (1968).

El recordado Arzobispo de Valparaíso lo dijo también claramente. Dice don Emilio Tagle: "Dios nos creó, nos dio la vida. Nosotros no la ganamos, ni la merecemos, ni podíamos pedirla. Somos criaturas suyas, nos hizo personas, con cuerpo humano y alma inmortal... No importa las razones que se argumenten, no importa si el aborto es terapéutico, eugenésico, social o 'ético', siempre será un crimen atentar contra la vida de un inocente y contra la conciencia moral de toda la humanidad..." (Emilio Tagle Covarrubias: "La vida proviene de Dios", en "El Mercurio", Artes y Letras, 16 de agosto de 1987).

5.b.2 *Es contrario a la Constitución Política de la República.*

El aborto directo —incluido el aborto terapéutico directo— es contrario al artículo 19 N° 1, inciso 2°: “la ley protege la vida del que está por nacer”.

La Constitución de 1980, en su artículo 19 N° 1, asegura: “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”.

Si se examina el artículo único de la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989, que reemplazó el artículo 119 del Código Sanitario: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”, se ve que no es sino una *manifestación de la intención del Constituyente*”.

(Véase al respecto Sergio Carrasco D.: “La garantía constitucional del derecho a la vida del que está por nacer” en Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, 1988, pp. 39 a 54).

El tema del aborto terapéutico fue levantado por el profesor Francisco Cumplido Cereceda, invitado a la sesión 69 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, debido precisamente a la extrema flexibilidad con que algunos hospitales de la época interpretaron los preceptos del Código Sanitario en su artículo 119 antiguo, llevando a un sistema de aborto y esterilización masiva (se cita el caso concreto del Hospital Barros Luco).

Dice el actual Ministro de Justicia: “Considera, asimismo, que la consagración del derecho a la vida tendría que significar un pronunciamiento sobre la protección del que está por nacer, y en esta medida cree que la Constitución debe elevar al rango constitucional una norma relativa al aborto. Estima que la legislación que se ha establecido, aunque reprime el delito del aborto, *no ha entrado a definir con claridad el aborto terapéutico*, y esta *no definición clara* de lo que se entiende por aborto terapéutico puede significar que la política de salud a que sea orientado el país pueda conducir a una flexibilidad extrema de este tipo de acción en el sentido de lo que se entiende por terapéutico”.

La discusión se divide entre quienes son partidarios de colocar en la Constitución una norma sobre el aborto y quienes no lo son y, preferentemente, entre aquellos partidarios de autorizar ciertos tipos de abortos provocados y quienes son partidarios de excluir todo tipo de aborto provocado.

1. *Son partidarios de regular constitucionalmente el tema del aborto:* Guzmán y Cumplido (invitado).

No son partidarios de regular constitucionalmente el aborto. Ovalle, Ortúzar, Silva, Evans y Cea (invitado).

2. *Son partidarios de prohibir todo tipo de aborto provocado:* Guzmán, Silva Bascuñán.

Son partidarios de admitir cierto tipo de aborto provocado: Ovalle, Ortúzar, Evans, Cumplido (invitado), (Evans sólo para los que no creen en la existencia del alma).

Se puede encontrar la discusión en las Actas de la Comisión Ortúzar, en especial en las sesiones 86, 87, 88 y 90.

Respecto al *aborto terapéutico* lamentablemente no se define qué se entiende por él, pero la gran mayoría de los comisionados y de los profesores invitados se pronuncian porque una autorización o no penalización del aborto terapéutico “no violaría el derecho a la vida del ser que está por nacer”, siempre que fuere hecha por el legislador.

Lo hace principalmente don Jorge Ovalle (sesión 90, p. 19) y don Enrique Ortúzar (*ibídem*). El señor Ovalle acepta como lícitos otros tipos de aborto, entre ellos el llamado "aborto ético".

El profesor Cumplido es partidario de llegar a una regulación por el legislador penal del aborto terapéutico e incluso constitucional. El profesor Cea es contrario a que la Constitución se refiera al tema y expresa dudas en cuanto a que el legislador pueda regular el aborto terapéutico, porque plantea al respecto que el aborto es un crimen.

En la sesión 86 el profesor Cumplido entrega una minuta con sus posiciones. En la página 19 de dicha sesión se lee: "El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que desea precisar, con el objeto de que no quede dudas en la Comisión de que la idea del profesor señor Cumplido es la de que en la Constitución se contempla alguna norma relativa al aborto terapéutico, *con el sentido naturalmente* de hacerlo permisible.

"El señor Cumplido señala que ha sido interpretado con exactitud por el señor Ortúzar, *en cuanto se refiere al aborto terapéutico* y en lo atinente a la esterilización terapéutica-profiláctica expresa que la situación se circunscribe dentro de ciertos límites y de esa manera lo ha interpretado la jurisprudencia de los tribunales chilenos".

En la sesión 88 (pp. 21 y 22) se encuentra la posición del profesor Cea (p. 21): "El profesor Cea estima que el derecho a la vida es un derecho que está implícito en toda Constitución y a pesar de que ni se diga expresamente que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho a la vida, nadie podría afirmar que la Carta Fundamental no está asegurando ese derecho y que no estuvo en la mente del Constituyente protegerlo". "Sin embargo, cree que los derechos humanos se conceden no sólo al ser humano que ya tiene una cierta capacidad jurídica, sino también al ser desde el momento en que es concebido, hasta después de su muerte"... "Se le consulta si acaso el derecho a la vida debe ser reconocido en la Constitución y de ser reconocido si debe ser más o menos normativizado en ella, con qué orientación y con qué carácter. El profesor Cea cree que es conveniente reconocerlo como derecho y decir que la Constitución asegura el derecho a la vida y cree también —entrando en una materia que evidentemente es muy opinable y respetando las opiniones de otras personas— *que el aborto es un crimen*. Hay personas que no lo estiman así y se funda más que nada en la tesis de que el feto es una persona".

"Estima que al debatir este tema se entra en una materia de índole religiosa respecto de la cual personalmente es muy firme en sus convicciones pero también muy respetuoso de las convicciones de los demás. Piensa que el aborto es un crimen y, por lo tanto, un atentado contra el primero y más fundamental de los derechos del hombre: el derecho a la vida".

"Le parece que en esta materia el constituyente debe tratar de evitar zonas neurálgicas respecto de las cuales es muy difícil encontrar consenso. Cree que si se hiciera un encuesta, se llegaría a la conclusión de que hay una enorme cantidad de personas que creo que realmente el ser humano, desde el momento en que es concebido, debe ser protegido, y *que salvo el caso del aborto terapéutico* que podría ser perfectamente reglamentado en la legislación penal —no es lícito, no es legal, ni mucho menos constitucional porque atenta contra él. Considera que tal vez el sentimiento mayoritario del pueblo chileno va por ese camino, pero es posible que sea una minoría intelectualmente muy influyente y con una situación social bastante preponderante, la que en este momento —en los

Estados Unidos las encuestas lo han demostrado— forme opinión para dar la sensación de que existe un fuerte sector en favor del aborto”.

“Manifiesta que el problema tiene mucho de falacia y que existe confusión”. “Pero afirma que en el pueblo chileno hay una enorme mayoría que, por razones de índole religiosa o moral, consideraría denigrante que el Constituyente consignara la posibilidad —que por lo demás es artificial en sus fundamentos biológicos y bastante forzada en sus fundamentos éticos y morales— *de obstruir la vida por otras razones que no sean las estrictamente terapéuticas en el caso del aborto*”.

“Considera en definitiva que lo lógico es que el Constituyente consagre explícitamente el derecho a la vida, como el primero y más fundamental de los derechos del hombre, y *reservar al legislador penal*, tal vez con el criterio que la moderna técnica penal señale, introduciendo alguna modificación en la normativa penal —*la reglamentación del aborto terapéutico y la proscripción del aborto no terapéutico*—. Le parece que esa podría ser una solución”.

“El señor Evans acota que, en consecuencia, el profesor Cea es partidario de una disposición flexible en esta materia.

El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que en el fondo la opinión del profesor Cea es coincidente con la de algunos miembros de la Comisión” (p. 22).

Es posible que ambos profesores al hablar de aborto terapéutico hayan querido referirse sólo al aborto terapéutico indirecto, es decir, en el que *no hay provocación de aborto* sino una intervención terapéutica, esto es, como ya vimos, una interacción curativa sobre el cuerpo de la madre que el médico, en el caso concreto, juzga inaplazable y eficaz. Así debe puntualizarlo el autor, se lo aclaró enfáticamente el profesor Cea en conversación sostenida en fecha reciente sobre este punto preciso: *Como ya he indicado, pienso que es utópico pensar que el legislador pueda, incluso recurriendo a enumeraciones técnicas de casos posibles, definir el aborto terapéutico indirecto.*

Por el contrario, si la Constitución ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer, la actual redacción del artículo 119 del Código Sanitario es su corolario lógico: “No podría ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto”.

“Derogar lo para reemplazarlo por una fórmula ambigua es contrario a la Constitución”.

En efecto, son las posturas de Jaime Guzmán y de don Alejandro Silva Bascuñán las que lógicamente son las más consecuentes con lo que finalmente el texto constitucional expresa como orden perentoria al legislador: “La ley protege la vida del que está por nacer”, elevando a rango constitucional la oración primera del inciso primero del artículo 75 Código Civil y cuya imperatividad no deja duda alguna: “La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que se crea que de algún modo peligrá”.

“Todo castigo de la madre por el cual perdiera la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

No cabe entonces duda alguna que así como el legislador ordena la juez proteger al nonato, la Constitución actual ordena al legislador hacer lo propio.

Jaime Guzmán —rechazando con justas razones el que nos encontremos aquí ante un problema religioso (como lo sostienen Cea y Evans)— dirá: “Con-

sidera indispensable establecer aquí este derecho. *No se puede eludir el tema del aborto. Su naturaleza tiene un rango constitucional necesariamente complementario o aclaratorio del derecho a la vida. No es materia que pueda reservarse simplemente a la ley, vendría en tal caso una discusión engorrosa de interpretación si una ley podría admitir el aborto en determinadas circunstancias.* Considera que el aborto nunca es legítimo...” (sesión 87, pp. 13 y 14)... “El problema no tiene que ver con la convicción religiosa. La indisolubilidad del matrimonio, la prohibición de toda forma de aborto es una norma moral independiente de la conciencia religiosa, y exigible a todos los hombres.

“La verdad religiosa es una cosa que no se puede imponer. El problema es que se está ante una situación de ley moral natural... *No se pretende que el Estado deba proseguir con tenacidad extrema toda forma de aborto para sancionarlo desde el punto de vista moral. Lo que se sostiene es que nunca la ley puede decir o permitir que el aborto sea legítimo*” (pp. 18 y 19).

Es muy ilustrativo de la perentoriedad de la norma, el diálogo entre don Alejandro Silva Bascuñán y don Enrique Evans contenido en la sesión 10 (pp. 18 a 20 de las Actas).

“*El señor Silva Bascuñán* (p. 18): considera que es un avance del Constituyente establecer no sólo el precepto de protección del derecho a la vida, sino también la protección de la vida del que está por nacer, porque será un buen argumento para que el legislador no abra la posibilidad a la legalización excesiva del aborto. Estima que es evidente que ahí no hay una prohibición directa y absoluta, pero existe una disposición implícita que se fortalece si acaso se incluye en la Constitución dicha frase, y le parece que queda más sólida la condena implícita de todo abuso del legislador si se coloca esa frase que si no se incluye. Declara que es partidario de establecer dicha expresión, porque el legislador tendrá, en esta forma, mucha inclinación por sostener esta porción defensiva de la vida del que está por nacer, y por ello es ardiente partidario de mantener la frase en la Constitución.

“El señor Evans manifiesta que no tiene inconveniente en que se conserve la frase a que alude el señor Silva Bascuñán, si se deja constancia en el Acta que ello se hace tanto por las opiniones que él acaba de exponer, cuanto porque esa frase implica *un mandato flexible para sancionar penalmente formas de aborto terapéutico* en que haya mediado una decisión responsable del padre o del facultativo, y en ese sentido solicita que quede constancia de la opinión del señor Silva Bascuñán y de la suya”.

“El señor Silva Bascuñán señala que, por su parte, desea ardientemente que el legislador, al actuar, lo haga con el criterio que él ha expuesto, que es, desde todo punto de vista, contrario al aborto”.

“El señor Ortúzar (Presidente) considera que se ha avanzado bastante, porque, como expresaba el señor Silva Bascuñán, se está estableciendo ya una pauta en la Constitución, y por norma general *se está condenando el aborto y no podría dictarse una norma que lo hiciera permisible*, pero el legislador determinaría si hay casos tan calificados como el del aborto terapéutico, principalmente, que puedan no ser constitutivos de delitos, y en este sentido acepta la proposición” (p. 20).

De estas Actas no cabe duda alguna cuál es el sentir de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución respecto al artículo 19 N° 1 inciso de la Constitución, la que en la sesión 94 aprueba una proposición de don Jorge

Ovalle (12 de diciembre de 1974), quien propicia se señale como inciso 2º “la ley protegerá la vida del ser que está por nacer” para dar condición de “ser” al que vive intrauterinamente. Se trata de un ser existente”.

Así se aprueba en la sesión 94 el texto: “La ley protegerá la vida del ser que está por nacer”.

– El debate en el seno del Consejo de Estado que, como dice Sergio Carrasco, suprime la palabra “ser”, se centra en precisamente la perentoriedad de los términos empleados por el texto de la Constitución.

En el tomo I de las *Actas de Consejo de Estado*, sesión 56, celebrada el 28 de noviembre de 1978, don Juvenal Hernández, dándose cuenta plena de la hondura de lo aprobado, señala: “La referencia a derechos inherentes a la persona humana” no plantea problemas de tesis, pero lo que a él le preocupa es no retroceder en lo que el país obtuvo después de largos años. Chile, agrega, logró clarificar una serie de conceptos que permitieron vivir en un ambiente de tolerancia, hecho que, unido a las condiciones naturales de nuestro suelo, hizo de él un país atractivo, un país agradable. Se trata, pues, de resguardar esta conquista. Ahora, en cuanto a las referencias a la familia, no cabe duda que se trata de una institución básica, pero *para ello existen las disposiciones del Código Civil*. Si se da rango constitucional a la protección que merece, ¿quiere decir que el adulterio o el divorcio van a convertirse, por ser delitos contra la familia, en delitos constitucionales? Se trata evidentemente de delitos penales. Más adelante el anteproyecto también toma otro concepto incluido por don Andrés Bello en el Código Civil, cual es la protección de la vida del que está por nacer. Sabemos que el aborto es un delito, ¿vamos a darle también rango constitucional?”

La pertinente pregunta de don Juvenal fue respondida afirmativamente en la sesión 58, celebrada el 12 de diciembre de 1978 (tomo I de las *Actas del Consejo de Estado*, pp. 354 y 355) donde su postura renuente a aceptar la prohibición constitucional del aborto fue derrotada:

“Se somete a debate el Capítulo III del anteproyecto, relativo a los Derechos y deberes Constitucionales, iniciándolo por el análisis de su sección A) sobre los “Derechos Constitucionales y sus garantías” (p. 355). “Don Juvenal Hernández hace presente sus dudas en cuanto a las ventajas de trasladar a la Constitución una norma de derecho privado, como es la protección del que está por nacer. Teme que esta innovación pueda dar lugar a debates e interpretaciones desaconsejables.

A esta observación y a los comentarios que formulan a propósito de ella el señor Presidente y los Consejeros señores Ibáñez, Philippi, Huerta y Coloma, el señor Ortúzar insiste en la conveniencia de aprobar la norma propuesta u otra semejante, con el objeto de desvirtuar los cargos que se formulan a Chile en cuanto al respeto de los derechos humanos; debe recordarse, por otra parte –agrega–, que ella está contenida, como ya lo dije, en la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU.

En definitiva y después de un breve debate se acuerda:

- (a) aprobar el primer inciso del artículo 19 Nº 1.
- (b) por once votos (de la señora Ezquerria y de la señora Urrutia; Izurieta, Barros, García, Carmona, Ortúzar, Cáceres, Philippi, Medina y Coloma), mantener el inciso segundo.
- (c) aprobar los incisos tercero y cuarto (pp. 354 y 355).

En consecuencia, el Consejo de Estado mantiene –con plena conciencia– el texto de la Comisión Ortúzar, *ordenando al legislador la protección del que está por nacer*.

No se ve cómo la supresión del actual artículo 119 del Código Sanitario puede cumplir con dicha orden del Constituyente al legislador.

Porque la propia Comisión de Estudio de la Nueva Constitución fue también muy clara al presentar el texto proyectado: “La consideración del derecho a la vida llevó a la Comisión la necesidad de abocarse a dos problemas de suyo delicado y trascendente, como son la vida del que está por nacer y lo relativo a la pena de muerte”.

“Con respecto al primer punto, la Comisión estimó que la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer, porque, si bien la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, no es menos cierto que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así un principio que, por lo demás, contempla nuestro Código desde su dictación”.

“La Comisión estimó, sin embargo, conveniente dejar entregada al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer”.

Como se ve, la Constitución ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer y no desprotegerlo o abrir una vía para su desprotección.

CONCLUSIONES FINALES

1. El concepto de *aborto terapéutico* es utilizado en variadas acepciones. Desde estricta en que indica el aborto provocado cuando el embarazo está poniendo en grave peligro la vida de la madre a otras más extensivas que comprenden la salud física de la madre y la salud mental de la madre (aborto psiquiátrico). Comprende, para algunos, también otros casos como el llamado “aborto ético” (ejemplo, violación de la madre) e incluso para algunos el aborto eugénico, que es el provocado para eliminar al ser concebido que presenta una anomalía congénita o alguna malformación grave.
Es, por tanto, muy importante al hablar de aborto terapéutico precisar previamente el concepto que de él tienen los interlocutores.
2. *El aborto terapéutico stricto sensu* ha sido prácticamente superado por los progresos médicos. Sin embargo, esos mismos progresos han entregado antecedentes que posibilitan una tendencia a hacer más omnicompreensivo el concepto de aborto terapéutico, incluyendo claras tendencias eugénicas.
3. Si se quisiera regular normativamente acerca del aborto terapéutico *stricto sensu*: la ley, siendo una norma general y de carácter permanente, es un mal instrumento, pues los casos poco frecuentes que la práctica médica indica como posible, sólo pueden indicarse tales casos a través de una casuística y aún ella quedaría imprecisa. Por ello esta materia debería entregarse a los Códigos de ética de la profesión médica, en lo que fuera compatible con la Constitución y la ley.

4. Desde el punto de vista moral cristiano, todo aborto provocado directo, incluido el terapéutico, es inmoral, pues constituye un homicidio. Al mismo resultado llega la moral natural, aun prescindiendo de consideraciones religiosas.
5. Son autorizadas moralmente las intervenciones médicas curativas en casos en que la vida del feto no puede ser salvada y en que como efecto indirecto se produce la eliminación del feto (al efectuar la terapia indicada en la madre. Es el llamado *aborto terapéutico indirecto*.
6. La actual norma del artículo 119 del Código Sanitario permite el aborto terapéutico indirecto, pues tal terapia no tiene por finalidad provocar el aborto, ni menos existe malicia o dolo.
7. La historia fidedigna del texto constitucional impide toda forma de aborto provocado directo, pues no es compatible con el mandato al legislador efectuado por el Constituyente para proteger la vida del que está por nacer. Ello vale para el aborto terapéutico directo, el que también está excluido.
8. El actual texto del artículo 119 del Código Sanitario no es sino una conclusión derivada y necesaria del artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Por ende, su derogación contenida en una moción parlamentaria o iniciativa del Ejecutivo debería ser declarada inadmisibles por inconstitucional, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, inciso segundo. Igualmente es inadmisibles por inconstitucional la autorización legal para abortos terapéuticos directos, en todas sus formas.

MOCION

BOLETIN N° 499-07

Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico

Considerando:

1. Las diversas consecuencias psicosociales que, para los hijos y la familia en general produce la pérdida de la vida o de la salud de la madre, en el sentido que no sólo se destruye un matrimonio sino que significa una experiencia traumática para los hijos, ya porque éstos deben sufrir la carencia afectiva, ya porque desaparece una persona fundamental en su proceso formativo, entendido éste como transmisión de valores, conocimientos, etc.
2. La gravedad de la situación de los hijos pequeños cuando la ausencia de la madre, pobre y/o soltera, fallecida, significa muy probablemente su internación en Hogar de Menores en situación irregular, la vagancia o, en el mejor de los casos, su allegamiento en hogares ajenos.

3. La Declaración de Oslo, adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial, en agosto de 1970 y, posteriormente, enmendada en octubre de 1983, por la 35ª Asamblea Médica Mundial, el sentido que es deber del médico asegurar la protección de sus pacientes y defender sus derechos dentro de la sociedad. Por tanto, donde la ley permite el aborto terapéutico, la operación debe ser ejecutada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso.
4. Que el problema del aborto terapéutico es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada, según lo plantea la misma Asamblea Médica, por lo que si el médico estima que sus convicciones no le permiten aconsejar o practicar un aborto, puede retirarse siempre que garantice que un colega calificado continuará dando la asistencia médica.
5. La postura del Colegio Médico de Chile, consagrada en el artículo 26 de su Código de Ética, en el sentido que "El aborto procede solamente cuando se cumplen las condiciones siguientes: a) se efectúe como medida terapéutica; b) la decisión sea aprobada por escrito, al menos por dos médicos escogidos por su competencia, y c) la operación sea efectuada por un médico especialista."
6. La existencia de patologías que, en opinión de especialistas prestigiados en la comunidad médica, efectivamente ameritan la interrupción del embarazo. A saber: rotura de bolsa amniótica, infección del huevo o la sepsia materna, embarazo ectópico tubario u ovárico, enfermedades trofoblásticas como la mola, síndrome trombocitopénico trombótico, embolia amniótica pulmonar, hipertensión portal, etc.
7. El carácter extremadamente excepcional de la norma prohibitiva del Código Sanitario, ubica a Chile dentro de los 17 países en el mundo *donde no es legal la interrupción del embarazo ni siquiera para salvar la vida materna*. En todos los países desarrollados, incluyendo los católicos como España, Portugal e Italia, el aborto terapéutico en sentido amplio (vida y salud materna) es legal y regulado. Los únicos tres países en América Latina, en los cuales la interrupción del embarazo es completamente ilegal, son: Chile, República Dominicana y Haití.
8. La opinión casi unánime, vertida por la población chilena en diversas encuestas, en el sentido que el aborto debe tipificarse como un delito pero la legislación debe permitir la interrupción del embarazo en situaciones excepcionales. Así, por ejemplo, la encuesta CERC de octubre de 1989, sobre una muestra representativa nacional de la población urbana y rural de 18 y más años, logró determinar que el "75,8% cree que la interrupción del embarazo debe permitirse por ley cuando está en juego la vida de la madre o la criatura vaya a nacer deforme". El porcentaje subió a 76% cuando la encuesta se hizo en junio de 1991. Cabe tener presente que el 76,5% de los católicos y el 73,9% de los evangélicos, según la misma encuesta, estimó que debe permitirse el aborto sólo en situaciones de urgencia.

Porcentajes similares es posible apreciar en las encuestas realizadas por APROFA-CERCC (urbana 1989) (rural 1990), DIAGNOS (1984) y FLACSO (1988).

9. Que, lo que se propone en el proyecto es totalmente coherente con nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de que son la propia Constitución Política de 1980 y el mismo Código Penal los que, reconociendo la vida como derecho y bien jurídico, en aras de otros derechos y bienes jurídicos, consagran salvedades y excepciones en la materia.
A modo de ejemplo, baste señalar el artículo 19º N° 1 de la Constitución Política que, después de declarar "La Constitución asegura a todas las personas: 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.", a renglón seguido consagra como sanción la pena de muerte.
El Código Penal, por su parte, no obstante, penaliza "el matar a otro" cuando tipifica el homicidio, el parricidio, etc., también consagra la legítima defensa e incluso privilegia, en más de una ocasión, la propiedad sobre la vida.
10. Que, el Derecho Comparado, la Doctrina Penal y el propio Código Penal Chileno reconocen los "estados de necesidad justificantes", es decir, circunstancias que autorizan a un sujeto a atentar contra el bien jurídico de un tercero, cuando con ello puede evitar se lesione un bien jurídico, propio o ajeno, de igual o mayor valor.
11. Que, lo que se está proponiendo no es sino garantizar que, en cada caso particular, se dé cumplimiento al artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, en el sentido que ésta "asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica...". De manera tal, que cuando haya que optar entre la vida del que está por nacer y la vida o integridad física o psíquica de la madre, exista la posibilidad que la decisión, no buscada, se adopte atendiendo a los elementos afectivos, éticos y clínicos de los involucrados en la situación particular.
12. Que, el aborto terapéutico consagrado en el artículo 119 del Código Sanitario, nunca fue objetado constitucionalmente, ni durante la vigencia de la Constitución de 1925, ni durante ocho años de vigencia del actual texto constitucional.
13. Que, no existe historia de la ley que permita analizar las consideraciones que el legislador de la época tuvo, para prohibir el aborto sustituyendo la norma contenida en el artículo 119 del Código Sanitario.

Los diputados abajo firmantes vienen en someter a la discusión y aprobación de esta H. Cámara el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Unico: Agrégase al artículo 119 del actual Código Sanitario el siguiente inciso segundo:

Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.

ADRIANA MUÑOZ
Diputada

ARMANDO ARANCIBIA
Diputado

JUAN PABLO LETELIER
Diputado

CARLOS SMOK
Diputado

CARLOS MONTES
Diputado