

# Simposio

## Aborto y Derechos Humanos

**Antonio Bascuñán Rodríguez.** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, estudios de postgrado en la Universidad de München. Profesor de Derecho Penal en las Universidades Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile.

a.bascunan@uai.cl

**Patricia Laurenzo Copello.** Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga y Directora del Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i (España) “Colectivos en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis”. Formó parte del Comité de Expertos que asesoró al Ministerio de Igualdad del Gobierno de España para la reforma de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo entre los años 2008 y 2009.

plarenzo@uma.es

**M. Magdalena Ossandón Widow.** Abogada. Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Se desempeña como profesora de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Entre sus últimas publicaciones relacionadas con el tema destacan los artículos “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto” (2011), “Aborto y justificación” (2012), y “El derecho a rechazar tratamientos médicos ¿un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?” (2013); también su contribución “Protección penal de la vida humana. Consideraciones sobre el bien jurídico” en la obra colectiva *Humanizar y renovar el derecho penal* (2013).

mossandonw@uc.cl

**Eduardo Chia Ramírez.** Abogado. Universidad Nacional Andrés Bello. Estudiante del Magíster en Filosofía, Universidad de Chile. Ha impartido clases de derecho constitucional y teoría del derecho. Ha sido asesor parlamentario, coordinador del Área de Investigación Jurídica del Centro de Estudios Instituto Igualdad. Fue asesor del Center for Reproductive Rights. Actualmente es miembro del Comité Consultivo del Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI) y del directorio de la Corporación MILES-Chile.

eduardo.chia@gmail.com

Actualmente la discusión sobre el aborto se encuentra en el centro del debate académico y político en Chile. Se discute la posibilidad de despenalizar el aborto voluntario en tres casos: violación, peligro de vida de la madre e inviabilidad del feto (alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina), que se encuentran en el Proyecto de Ley firmado por la Presidenta de la República, el 31 de enero del presente año (Mensaje N° 1230-362).

Este tema ha sido objeto de polémica en particular desde que en septiembre de 1989 –mediante la Ley N° 18.826– la dictadura militar declaró ilícita toda forma de aborto terapéutico, sustituyendo el artículo 119 del Código Sanitario vigente desde 1931, y su interés se ha visto permanentemente renovado por casos que han llamado la atención del público. Sin embargo, la perspectiva de derechos humanos rara vez es central en esta controversia. A continuación se recogen diversas opiniones de académicos y activistas en torno al estatus jurídico del producto de la concepción, los derechos de la mujer embarazada, la calificación del aborto como delito y las excepciones a la punibilidad del mismo como una forma de contribuir a la discusión a partir de las siguientes preguntas:

**1. Estatus jurídico del producto de la concepción.** Se discute si el producto de la concepción es jurídicamente un sujeto de derechos o si, no siéndolo, existe un interés objetivo en proteger su vida. ¿Cuál es su posición al respecto y qué relevancia le asigna para la discusión sobre el aborto en general?

**2. Aborto y derechos de la mujer embarazada.** Sobre la base de la garantía, para todas las personas, de su dignidad, su libre desarrollo y la libre determinación en asuntos privados (en particular la familia y el número de hijos) en instrumentos de derechos humanos. ¿Considera que hay fundamentos jurídicos para señalar que existe el derecho de la mujer embarazada a abortar, ya sea en general o en ciertos casos?

**3. Aborto como delito.** Tradicionalmente en nuestra órbita jurídica, abortar ha sido considerado como una conducta delictiva en la generalidad de los casos. ¿Cómo se justifica, desde su punto de vista, la punibilidad del aborto que cuente con el consentimiento de la mujer embarazada?

**4. Excepciones a la punibilidad del aborto.** En aquellos países en los que se ha despenalizado parcialmente el aborto, la legislación suele describir ciertas situaciones de excepción a la punibilidad general de la conducta. ¿Le parece que situaciones como estas merecen, en efecto, un tratamiento jurídico distinto de otros en los que la mujer embarazada decida libremente poner término al embarazo?

## 1. Estatus jurídico del producto de la concepción

**Se discute si el producto de la concepción es jurídicamente un sujeto de derechos o si, no siéndolo, existe un interés objetivo en proteger su vida. ¿Cuál es su posición al respecto y qué relevancia le asigna para la discusión sobre el aborto en general?**

### 1. Estatus jurídico del producto de la concepción

#### ANTONIO BASCUÑÁN

Sujetos de derechos son las personas. La cultura jurídica moderna no es racista, ni conoce la pérdida coercitiva o voluntaria de la calidad persona; pero sí es especieísta en sentido débil: hasta el momento no ha reconocido estatus de personas a otros seres vivos que los humanos (la teología sí, en los ángeles y las personas de la trinidad, pero eso no cuenta jurídicamente). El nacimiento del ser humano marca el inicio de su personalidad. Se trata de una regla que atiende al momento de la adquisición de autonomía vital para flanquear la plena protección normativa de los seres humanos que corresponde al estatus de persona. Esto no es discriminatorio: todos los seres humanos están sometidos al mismo principio. Antes del nacimiento los seres humanos no son personas, tampoco son cosas. Tal como los animales no humanos dotados de sensibilidad y los ecosistemas prístinos, el ser humano nonato es un ser vivo al que se debe protección en consideración a él mismo. Ese deber se intensifica gradualmente en la medida de su desarrollo. Respecto del embrión preimplantacional el deber se satisface con la abstención de su producción para fines no reproductivos. Respecto del feto viable extrauterinamente el deber llega hasta el punto de que su muerte solo se justifica si se cumplen todas las condiciones del estado de necesidad defensivo. La anticipación del momento de la plena protección al inicio del parto, en vez de su término, es también justificable en el derecho penal.

En términos constitucionales lo dicho implica negar al interés en la supervivencia del embrión o feto humano, incluso implantado, la calidad de derecho fundamental. Es desde luego un interés estatal de rango legal, al que puede reconocerse el peso de un interés apremiante (*compelling*), particularmente tratándose del feto implantado que ya es viable extrauterinamente. O puede ser considerado incluso un bien de rango constitucional, si el orden constitucional ordena al Estado su protección. Este es el caso de la Constitución chilena y también del Pacto de San José de Costa Rica. La atribución de este mayor peso específico puede contribuir a la justificación de las restricciones legales a la autonomía reproductiva de la mujer, pero en ningún caso alcanza a justificar un deber absoluto de tolerar el embarazo. Esto se explica por las razones que se da en la respuesta a la segunda pregunta.

### 1. Estatus jurídico del producto de la concepción

#### EDUARDO CHIA

Primero, la Constitución chilena distingue entre personas como sujetos de derechos subjetivos –en términos técnicos, titular de derechos– y la vida del que está por nacer, como objeto de protección. Así, la Constitución en el inciso 2° del artículo 19 N° 1 establece un mandato diferenciado de deber de protección al *nasciturus*, cuyo destinatario es el legislador, lo que es distinto del inciso 1°, que establece el derecho a la vida, cuyos titulares son las personas nacidas. Esto debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 1, inciso 1° de la Constitución, que dispone que las personas “*nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. En efecto, no existe regla alguna en nuestro sistema jurídico que explícitamente indique que el nonato es persona y que sea beneficiario de derechos fundamentales.

Segundo, en derecho comparado, salvo casos muy excepcionales, la mayor parte de la jurisprudencia constitucional comparada y las decisiones legislativas de diversos países alrededor del mundo no han reconocido ni afirmado el estatus de persona del nonato. Así lo hicieron las sentencias de las Cortes constitucionales de EE.UU.<sup>1</sup>, Canadá<sup>2</sup>, Colombia<sup>3</sup>, España<sup>4</sup> y México (D.F.)<sup>5</sup>, por mencionar algunos solo algunos casos, cuando declararon inconstitucionales las reglas penales que prohibían y castigaban el aborto, o bien, confirmaron la constitucionalidad de las legislaciones que lo despenalizaban.

Tercero, en el sistema interamericano de protección de los DD.HH., la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en tanto intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la sentencia *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica* (2012)<sup>6</sup>, afirmó explícitamente que el embrión no es persona en los términos de la Convención (párr. 264). En consecuencia, el nonato podría ser únicamente un objeto de derecho.

Es por estas consideraciones que la decisión política y legislativa sobre el reconocimiento y protección del ejercicio de los derechos de las mujeres, en relación con la autorización del aborto consentido, sería jurídicamente correcta, porque estaría amparada en la legislación chilena, el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, el legislador, al momento de decidir el asunto, debiese compatibilizar la relevancia normativa de los derechos de las mujeres, a los que moral, comparada, histórica e internacionalmente se les ha asignado un peso calificado mayor, en la medida en que la mujer es titular de derechos subjetivos debido a su calidad de *persona*; mientras que sobre el nonato solo recaen deberes estatales de protección, en tanto objeto de derecho.

### 1. Estatus jurídico del producto de la concepción

#### PATRICIA LAURENZO

El embrión o feto no puede considerarse sujeto de derecho porque carece de los requisitos mínimos exigidos por el derecho civil para ser “persona” en sentido jurídico, es decir, para ser titular de derechos y obligaciones. Las dudas que tradicionalmente se han planteado al respecto en el debate sobre los límites de la legalización del aborto dicen relación con la filtración de consideraciones de orden metafísico que perturban los razonamientos jurídicos al pretender presentar como valores absolutos lo que en realidad no son sino principios morales asociados a determinadas concepciones religiosas<sup>7</sup>. Desde el punto de vista estrictamente jurídico-normativo no hay razones para atribuir al embrión/feto el estatus jurídico de persona ni los derechos que le son inherentes, incluido el derecho a la vida. Así lo ha expresado acertada y reiteradamente el Tribunal Constitucional español al decir que del derecho

<sup>1</sup> *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 [1973].

<sup>2</sup> *R. v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-355/2006.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 53/1985.

<sup>5</sup> Sentencia de la Corte Suprema de la Nación de México Nº 146/2007 y su acumulada Nº 147/2007.

<sup>6</sup> Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, Nº 257.

<sup>7</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. El debate ideológico. Condición femenina y teoría de la justicia: el problema de la interrupción voluntaria del embarazo. En: VIVES ANTÓN, Tomás y CUERDA ARNAU, María Luisa. El debate acerca de la legalización del aborto. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 101; DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida. Un discurso acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 51 y ss.

fundamental a la vida solo “son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*” (STC 212/1996, F.J.3; antes también STC 53/1985, F.J.7).

Lo dicho anteriormente no impide reconocer cierta trascendencia jurídica al producto de la concepción asociada al alto valor que los documentos internacionales y las constituciones nacionales conceden a la vida humana, ya que en la actualidad nadie puede negar seriamente que las fases embrionaria y fetal forman parte del desarrollo de un futuro ser humano. De ahí la posibilidad de erigir al embrión/feto en objeto de protección jurídica (incluso penal). Pero a la hora de perfilar el contenido y alcance de esa tutela, el Derecho no puede dar la espalda –como tradicionalmente ha hecho– a las particularidades en las que se produce la gestación, caracterizada por la inescindible relación (única en la naturaleza) entre el embrión y la mujer gestante. Por eso, como dice Pitch, “no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra”<sup>8</sup>. No se trata de revivir la antigua tesis de la *portio mulieris*, sino de reconocer los límites que necesariamente ha de asumir el Estado en la tutela de un bien jurídico que depende íntegra e indivisiblemente de un sujeto de derechos (la mujer gestante). Bien jurídico, por cierto, que históricamente, y en la inmensa mayoría de los casos han sido las propias mujeres quienes voluntariamente se han ocupado de proteger y preservar, incluso a costa de su propia vida.

#### 1. Estatus jurídico del producto de la concepción

#### M. MAGDALENA OSSANDÓN

El ser humano que está por nacer es sujeto de derechos y debe ser reconocida su personalidad, pues aquí está en juego la noción misma de los derechos humanos. Dice Spaemann, “si debe haber en algún sentido algo así como derechos humanos, entonces solo puede haberlos en el supuesto de que nadie esté capacitado para juzgar si yo soy (un) sujeto de tales derechos. Pues la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud de su propio derecho. En virtud del propio derecho solo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species homo sapiens*”<sup>9</sup>. Los derechos humanos suponen un *mínimum* que es sustraído a la arbitrariedad del poder legislador; excluir algunos seres humanos de su carácter de persona por su escaso desarrollo o su dependencia vital es discriminatorio, ilegítimo y abre las puertas para futuras exclusiones al socavar las bases mismas de la teoría de los derechos humanos.

Una interpretación sistemática de nuestra Carta Fundamental permite reconocer un concepto constitucional de persona que incluye al no nacido, y así lo han afirmado nuestros tribunales y la Contraloría General de la República. Además, en Chile rigen tratados que le confieren la calidad de sujeto de derechos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4°), y la Convención sobre los Derechos del Niño, que considera niño a “todo ser humano menor de dieciocho años” (Art. 1°), le reconoce su derecho intrínseco a la vida (Art. 6°), y reclama su protección y cuidado especiales tanto antes como después del nacimiento (Preámbulo).

<sup>8</sup> PITCH, Tamar. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid, Trotta, 2003, p. 97.

<sup>9</sup> SPAEMANN, Robert. La naturaleza como instancia moral de apelación, En: El hombre: inmanencia y trascendencia. Actas de las XXV Reuniones filosóficas. vol. I. Pamplona, 1991, p. 66.

La radical relevancia de esta cuestión es evidenciada por defensores de la legalización del aborto: Dworkin<sup>10</sup> estima que si el feto fuera una persona constitucional se acabaría la discusión, pues debería ser protegido igual que las demás personas; y Jakobs<sup>11</sup> advierte que solo si el feto *no* es considerado persona puede resultar justificado el aborto en ciertas hipótesis.

Por lo demás, fácilmente se advierte que al tratar sobre el aborto las conclusiones son diversas según los intereses que se consideran involucrados. Si el no nacido *no* tiene derecho a la vida y existe solo un interés en protegerlo, queda reducido a la categoría de *bien*, de *cosa* (*tertium non datur*). De este modo, cuando su vida se opone al ejercicio de un derecho fundamental, la decisión parece ya resuelta a favor de este último.

## 2. Aborto y derechos de la mujer embarazada

**Sobre la base de la garantía, para todas las personas, de su dignidad, su libre desarrollo y la libre determinación en asuntos privados (en particular la familia y el número de hijos) en instrumentos de derechos humanos. ¿Considera que hay fundamentos jurídicos para señalar que existe el derecho de la mujer embarazada a abortar, ya sea en general o en ciertos casos?**

### 2. Aborto y derechos de la mujer embarazada

#### ANTONIO BASCUÑÁN

La mujer tiene un derecho fundamental a la igualdad ante la ley y un derecho fundamental a la incolumidad corporal y a la autonomía reproductiva.

El apoyo institucional del primer derecho es obvio. El apoyo institucional del segundo y tercer derecho varía en los sistemas jurídicos: libre desarrollo de la personalidad (Alemania), vida privada (Convenio Europeo de Derechos Humanos), libertad específica garantizada por el derecho al debido proceso sustantivo (Estados Unidos). En Chile el Tribunal Constitucional se niega a reconocer este derecho: en su sentencia Rol N° 1683-2010, de 4 de enero de 2011, el voto de mayoría (con 6 votos) reduce el derecho a la vida privada del art. 19 N° 4 a un interés de control de información y (con 5 votos) niega que la constitución garantice el derecho al libre desarrollo de la personalidad como un derecho amplio a la libertad de acción.

El deber de tolerar el embarazo es un deber que excede todos los parámetros que definen las cargas que las personas debemos soportar en interés de otras personas. Ningún ser humano nacido tiene el deber de poner sus funciones corporales a disposición de otro ser humano para que sobreviva utilizándolas. Por eso, ni siquiera reconociendo al nonato la calidad de titular del derecho a la vida se deduce para la mujer el deber de tolerar el embarazo. El deber correlativo equivalente a la prohibición del homicidio es el que recae sobre las personas que no están embarazadas. El deber de tolerar el embarazo que recae sobre la mujer embarazada excede exponencialmente ese umbral de afectación de intereses personales y por lo tanto no es deducible del derecho a la vida sin afectar el derecho a la igualdad.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual (trad. Caracciolo/Ferreres). Barcelona, Ariel, 1994, pp. 146-147.

<sup>11</sup> JAKOBS, Günther. ¿Existe un aborto lícito de personas? (trad. González Rivero). Revista del Poder Judicial (60), 2000, pp. 159-168.

La única manera de justificar esa exigencia de solidaridad intensificada a la mujer embarazada es mediante su asunción. Y la única manera de hacer operativa la justificación por asunción es mediante un plazo dentro del cual ella tenga derecho a interrumpir el embarazo. Vencido el plazo y omitido el aborto, se entiende que la mujer ha asumido el embarazo.

Junto con lo anterior, la prohibición penal del aborto consentido por la mujer embarazada es un medio inidóneo de protección de la vida del nonato. En todos los países donde se dan las condiciones económicas que gatillan altas tasas de aborto, la única manera eficaz de evitar el aborto es evitar el embarazo mediante la anticoncepción y la única manera de proteger la vida del nonato que tiene alguna posibilidad de éxito es la protección social de la maternidad. Para que ese modo de protección sea operativo se requiere contactar y persuadir a la mujer; eso requiere que la mujer pueda confiar en el Estado; eso requiere reconocerle un derecho a decidir acerca de la continuación del embarazo dentro de un plazo razonable para tomar esa decisión.

## 2. Aborto y derechos de la mujer embarazada

### EDUARDO CHIA

Es necesario que las comunidades organizadas y los sistemas jurídicos que las sustentan traten a la mujer en condiciones igualitarias. Esto conlleva asumir su agencia moral, su ciudadanía en términos políticos y reconocerla jurídicamente como sujeto pleno de derechos. Sobre esta base, el derecho no puede forzar punitivamente, en términos totales, la mantención de un embarazo hasta su término cuando una mujer, bajo decisión autónoma y razonada, no desea continuar con su embarazo. Las reglas jurídicas que prohíben y castigan a una mujer al decidir sobre su proyecto de vida, sobre su salud y sobre su bienestar físico y psíquico, le imponen a esta no solo una carga extraordinaria, desproporcionada e inexistente, sino que también, un deber supererogatorio específico que los hombres no soportan. Ello no es sino una desigualdad injustificada que el sistema jurídico vigente tolera y valida mediante el uso de la coacción penal.

Actualmente existe la oportunidad y contexto para que el Congreso chileno genere una eventual reforma legal parcial que derogue las reglas punitivas vigentes que establecen la punibilidad absoluta del aborto. Dichas reglas resultan constitucionalmente desproporcionadas, porque generan desigualdad injustificada y porque no se ajustan a los estándares normativos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

En un escenario óptimo de legalización, la clase de acciones que las mujeres ejecutarían en esta hipótesis conlleva el ejercicio de derechos respecto de los cuales ya son titulares en nuestro sistema jurídico con autonomía y en condiciones relativamente igualitarias: el derecho a la protección de la salud integral, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida privada, el derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad y, por supuesto, el derecho a la vida y la dignidad humana. Esto sería así por lo siguiente: si la interrupción de un embarazo es permitido en condiciones legales, seguras, gratuitas y oportunas, entonces el tratamiento sanitario implicado en dicha acción, en tanto legítima prestación de salud, debe ser protegido por las obligaciones que imponen el derecho a la protección de la salud, el derecho a la integridad y el derecho a la vida. En otras palabras, lo que sucedería es simplemente que en concreto los derechos antes indicados serían ejercidos y protegidos al momento de solicitar y someterse al procedimiento sanitario; donde, para todos los efectos, el concepto de *salud* debe entenderse en términos integrales.

**2. Aborto y derechos  
de la mujer  
embarazada**

**PATRICIA LAURENZO**

La relación única e inescindible entre el embrión y la mujer, propia de todo embarazo, tiene repercusiones directas sobre los límites de legitimidad de la intervención estatal en materia de aborto. Porque es indudable que cualquier fórmula legal que implique obligar a las mujeres (generalmente por vía penal) a seguir adelante con un embarazo no deseado –sin darle oportunidad alguna para decidir sobre su propia capacidad procreativa– supone una intromisión en su vida privada y un atentado directo a su dignidad en tanto las convierte en meros receptáculos reproductores con fines ajenos a su propio ámbito de autonomía. La drástica prohibición penal del aborto voluntario implica una instrumentalización de las mujeres para cumplir fines demográficos o para responder a determinados imperativos morales impuestos desde fuera.

El reconocimiento jurídico de la autonomía reproductiva a las mujeres no depende, pues, de la proclamación de un “derecho al aborto” –en términos de derecho subjetivo– sino que viene impuesto por las propias características del embarazo, ya que la inevitable implicación corporal y personal de la mujer que engendra hace inviable desde el punto de vista de los derechos humanos cualquier legitimación del Estado para obligarla a seguir adelante con un embarazo contra su voluntad. Imponer a la mujer un embarazo por vía penal no solo supone violentar su libertad personal, sino también su propio cuerpo, instrumentándolo con fines ajenos a su ámbito de autonomía personal. Esta línea de pensamiento se viene imponiendo desde hace años en el derecho internacional por medio del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos entendidos como el “conjunto de derechos humanos que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos”<sup>12</sup>. En palabras de Anand Grover, Relator Especial del Comité de Derechos Humanos de la ONU, “la prohibición penal del aborto es una muy clara expresión de la interferencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer porque restringe el control de la mujer sobre su cuerpo, sometiéndola, en ocasiones, a riesgos innecesarios para la salud”<sup>13</sup>.

En suma, la libertad de las mujeres para decidir sobre su propio embarazo constituye una parte esencial de su autonomía personal, cuya negación por el Estado implica un recorte inadmisibles del libre desarrollo de la personalidad y una intromisión intolerable en su dignidad personal<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. El Cairo, 1994; también CEDAW, Art. 16.1.e) y en el ámbito jurisprudencial: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, No. 257.

<sup>13</sup> Informe de Anand Grover presentado en la Asamblea General de Naciones Unidas: Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, United Nations, General Assembly, 66 session (2011), A/66/254, p. 9.

<sup>14</sup> En esta línea, vinculando directamente la libertad de la mujer para decidir sobre su embarazo con la autonomía personal, LEVIN, Silvia. El conflicto de género en la política pública argentina. La política de salud sexual y procreación responsable. Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies. (3), 2009, pp. 9 y ss.; también MESTRE, Ruth. Derechos sexuales y derechos reproductivos. Apuntes escritos durante una breve residencia en Francia. En: FABREGAT MONFORT, Gemma (Coord.). Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de Valencia. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 236 y ss.

## 2. Aborto y derechos de la mujer embarazada

### M. MAGDALENA OSSANDÓN

La dignidad, libre desarrollo de la personalidad, vida privada, etcétera, son reconocidos tanto en instrumentos de derechos humanos como en nuestro propio ordenamiento jurídico. Ahora bien, el problema se presenta cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses. No basta con afirmar que existe un derecho, sino que debe delimitarse su contenido, los límites de su ejercicio, especialmente en cuanto puede afectar a otro. Por eso es que el reconocimiento de la existencia de ese “otro” condiciona radicalmente esta discusión.

Que el hijo esté en el interior del cuerpo de su madre no le priva de existencia individual; a nivel científico no existe duda de que estamos ante un organismo individual, de la especie humana, diferente de la madre aunque dependiente de ella (como existen otras formas de dependencia después del nacimiento). Esta especial vinculación entre la madre y su hijo en gestación constituye una situación muy particular, no hay duda, pero eso no significa que la conducta que acaba con la vida del no nacido se convierta en un asunto privado y de exclusiva incumbencia de la mujer. Porque el aborto no es solo, como se dice eufemísticamente, la interrupción de un embarazo, sino que la provocación deliberada de la muerte de un ser humano.

Este es un “inconveniente” que plantea la pretensión de legitimar o reconocer un supuesto “derecho” de la mujer embarazada a abortar, que no suele darse a propósito de otros derechos: el ejercicio de ese supuesto derecho lleva *siempre* consigo la aniquilación de una vida humana inocente.

Como advertíamos antes, si se reconoce que ese otro ser humano tiene derecho a la vida, el conflicto no puede resolverse sin más en favor de los derechos de la mujer. Pero aun cuando no se reconozca el derecho a la vida al no nacido, sigue existiendo un conflicto radical entre bienes que, como reconoce el propio proyecto de despenalización enviado por el Gobierno, son *incommensurables*.

Cuando se presenta un conflicto entre bienes podemos estar frente a un “estado de necesidad” que permite, excepcionalmente, sacrificar un bien para salvar otro. Pero este solo puede tener un carácter justificante si se evita un *mal mayor* que el que se provoca. Si se reconoce que son bienes personalísimos, de valor *incommensurable*, no es procedente la ponderación, y en todo caso, que el sacrificio de uno de estos bienes sea provocado por una conducta humana le confiere una especial gravedad. En esos casos, la conducta abortiva puede resultar exculpada, pero no corresponde afirmar un derecho a realizarla.

## 3. Aborto como delito

**Tradicionalmente en nuestra órbita jurídica, abortar ha sido considerado como una conducta delictiva en la generalidad de los casos. ¿Cómo se justifica, desde su punto de vista, la punibilidad del aborto que cuente con el consentimiento de la mujer embarazada?**

## 3. Aborto como delito

### ANTONIO BASCUÑÁN

Tradicionalmente se considera que la diferencia que existe entre el aborto consentido por la mujer, el aborto no consentido por la mujer y el aborto violento es cuantitativa: al daño que implica el primer caso se agregaría otro daño en el segundo caso y otro más en el tercero. Eso es errado. La relación que existe entre el aborto consentido

por la mujer embarazada y el aborto no consentido por ella, ya sea violento o no violento, es de contraposición: la ley afecta con la prohibición del primer caso parte de lo que protege con la prohibición del segundo. La prohibición del aborto consentido es un acto estatal de afectación de la autonomía reproductiva de la mujer y de su indemnidad corporal realizado como medio para proteger la vida del nonato.

Esa afectación implica, como se ha dicho, una carga para la mujer que solo puede justificarse si la mujer la ha asumido. La única regulación que permite sostener que la mujer ha asumido el embarazo es el sistema del plazo. La visión conservadora considera que el sistema del plazo es una regulación que establece la libertad de abortar. Eso es parcialmente falso. El plazo reconoce y a la vez limita el derecho a abortar. Su limitación no se explica por la libertad de la mujer, sino por el interés del legislador en proteger la vida del nonato. O sea, en el sistema del plazo el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo es el fundamento de su deber de tolerarlo si no lo interrumpe.

En resumen: conforme al punto de vista que defiende la prohibición del aborto consentido es una decisión del legislador que afecta la autonomía reproductiva y la indemnidad corporal de la mujer que solo puede justificarse con el sistema del plazo.

### EDUARDO CHIA

#### 3. Aborto como delito

No hay justificación razonable para mantener el castigo al aborto consentido. Esto por lo siguiente: El artículo 19 N° 1, inciso 2°, de la Constitución dispone que: “[...] *la ley protege la vida del que está por nacer*”. De la lectura de este enunciado, bajo el prisma de los principios limitadores del derecho penal, no se sigue que dicho mandato al legislador conlleve la implementación de una protección legal que se haga operativa de modo necesario mediante el uso de las reglas punitivas. Dicho de otro modo, del hecho que el nonato merezca algún tipo de protección estatal mediante el uso de las leyes, en ningún caso significa que deba efectuarse *necesariamente* mediante la utilización y aplicación de leyes penales. Esto debe ser así porque el derecho penal opera siempre como *ultima ratio*, es decir, si y solo si, no es posible lograr el fin deseado mediante medios menos gravosos.

Siendo ello así, resulta desproporcionado y deficitario en su justificación usar el derecho penal, por parte del Estado, contra la mujer y contra quien colabora consentidamente con esta en la interrupción de su embarazo. Debido a que la potestad punitiva del Estado requiere, para su legitimación, de discursos justificatorios exigentes y calificados, en atención a las características particulares del derecho penal, resulta irrazonable y desproporcionado seguir manteniendo las reglas punitivas vigentes que castigan el aborto. Ello por lo siguiente: i) exigen a la mujer acciones supererogatorias que las colocan en una posición de heroína, ii) coaccionan injustificadamente su autonomía, ya que el Estado las obliga a ser madres.

En este contexto de límites del derecho penal, lo desproporcionado que puede resultar su uso en ciertas hipótesis y el efecto social de la desincriminación, es ejemplificador e ilustrativo el caso *Sutherland v. The United Kingdom* (2001)<sup>15</sup>. Este trataba del reclamo de ciudadano inglés que impugnó la legislación que establecía la edad mínima para el castigo a quienes cometían sodomía homosexual juvenil en Inglaterra. En este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que la desincriminación no significa, de modo automático, que una conducta sea aprobada

<sup>15</sup> European Court of Human Rights [Grand Chamber]. *Sutherland v. The United Kingdom*, Judgment of 27 March 2001. Application N° 25186/94.

socialmente. Más aún, aseveró que el temor de la población de inferir conclusiones probables, pero no necesarias, del hecho de reformar legislaciones penales, no era una buena razón para mantener en vigencia ciertas reglas con características injustificables e irrazonables (§ 64-65).

### PATRICIA LAURENZO

#### 3. Aborto como delito

La drástica prohibición penal del aborto –sin dejar espacio alguno para que la mujer pueda decidir en términos razonables durante un cierto plazo o bajo determinadas circunstancias– supone un atentado directo a la libertad y dignidad personal de las mujeres completamente inaceptable en el contexto valorativo de los derechos humanos. Incluso reconociendo entidad propia al bien jurídico vida prenatal, desde el punto de vista jurídico no existe razón alguna para darle preferencia absoluta frente a los múltiples derechos fundamentales de la mujer que resultan vulnerados cuando se la obliga bajo pena a seguir con un embarazo no deseado. Numerosos organismos internacionales se han pronunciado en este sentido, declarando que la prohibición total del aborto es una forma de tortura (Comité contra la Tortura<sup>16</sup>) o puede derivar en un trato cruel, inhumano y degradante contrario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos<sup>17</sup>)<sup>18</sup>.

Ello no significa, sin embargo, que cualquier intervención penal en materia de aborto voluntario sea necesariamente ilegítima. Son numerosos los Tribunales Constitucionales de Estados democráticos que han reconocido trascendencia a la vida prenatal como bien jurídico merecedor de tutela por parte del ordenamiento jurídico, si bien siempre condicionada por la necesaria atención y respeto a los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Esa confluencia de valores con relevancia jurídica ha llevado a la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia a tratar el aborto voluntario como un problema de conflicto entre bienes jurídicos a resolver mediante la técnica de la ponderación de intereses. Pero esta visión jurídica del aborto voluntario, que lo presenta como una confrontación entre sujetos distintos e independientes, nada tiene que ver con la realidad biológico-existencial de la fase de gestación, una realidad en la que embrión y mujer constituyen una unidad inescindible, de modo tal que la protección del valor que representa la vida prenatal repercute siempre y necesariamente sobre el cuerpo y el espíritu de la mujer gestante, sobre su vida actual y todo su futuro. Por eso, la legitimidad de una legislación que penalice el aborto voluntario va a depender de que se asegure un ámbito adecuado y razonable de respeto a la autonomía reproductiva de las mujeres, lo que solo se consigue mediante el reconocimiento de un plazo legal dentro del cual la embarazada pueda decidir sin interferencias externas sobre su gestación (sistema del plazo)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Comité contra la Tortura. Respuesta al Primer Informe Periódico de Nicaragua, 42 sesión, abril 27 – mayo 15, 2009.

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos. *K.L. vs. Perú*. Comunicación N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005.

<sup>18</sup> También de forma contundente se pronunció la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-355/2006) al afirmar que “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.

<sup>19</sup> Con mayor detenimiento, LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dogmática y política criminal del aborto*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 88 y ss.

**3. Aborto como delito****M. MAGDALENA OSSANDÓN**

Efectivamente el aborto es considerado delito en todos los países de nuestro entorno, y solo ha sido paulatinamente despenalizado o autorizado de modo más o menos limitado, en supuestos específicos o dentro de un plazo, y siempre con una serie de requisitos, a pesar de contar con el consentimiento de la mujer embarazada. Es bien evidente que eso responde a la consideración de un bien jurídico distinto e independiente de los bienes jurídicos de la mujer, que es la vida de otro ser humano. La existencia y protección de ese bien jurídico, esencial y primario, legitima la tipificación del aborto como delito aunque cuente con el consentimiento de la mujer.

Y que la penalidad por el delito de aborto sea menor que la del homicidio no permite afirmar, sin más, que la vida del no nacido tenga menor valor como bien jurídicamente protegido. “Toda vida humana, sin excepción alguna, se encuentra resguardada por la ley penal, por precaria que sea, no interesa su intensidad, su mayor o menor fuerza, plenitud o el tiempo que tiene o le queda”<sup>20</sup>. Partiendo de esa premisa fundamental, esa menor penalidad del aborto resulta explicable por otros factores, entre los que se cuenta un diverso juicio de reproche (quien mata a otro ser humano al que puede confrontar como un igual, pues así se presenta ante sus sentidos, es más culpable que quien mata a una persona a la que no puede reconocer sensorialmente), y el hecho de que el aborto no provoque la misma sensación de inseguridad que el homicidio pues no es un delito respecto del cual los ya nacidos puedan ser víctimas.

Desde una perspectiva de derecho internacional, cabe hacer presente que no existe ningún tratado que vincule a nuestro país que contemple el aborto como un derecho, ni que prohíba la punibilidad del aborto consentido por la mujer. Ni la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ni el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ni menos la *Convención Americana de Derechos Humanos*, tampoco la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* reconoce el acceso al aborto como norma de derechos humanos; y en las *Conferencias de El Cairo y Beijing*, en 1994 y 1995, se acordó expresamente que la decisión sobre el aborto es una cuestión de jurisdicción interna de los Estados.

Si bien algunos instrumentos y sentencias de cortes internacionales plantean el aborto como un derecho implícito en las cláusulas vinculadas a la protección de la libertad, privacidad, etcétera, o recomiendan su despenalización en ciertos supuestos, ellos carecen de la capacidad técnica para generar una obligación respecto de los Estados. Por lo demás, no es efectivo que en Chile se penalicen todos los casos en que se plantea la necesidad de modificar la ley; es perfectamente lícita una intervención terapéutica necesaria, aunque se sepa que traerá consigo la muerte del feto como efecto no deseado, y en otros supuestos tienen plena operatividad las causas de inculpabilidad.

**4. Excepciones a la punibilidad del aborto**

**En aquellos países en los que se ha despenalizado parcialmente el aborto, la legislación suele describir ciertas situaciones de excepción a la punibilidad general de la conducta. ¿Le parece que situaciones como estas merecen, en efecto, un tratamiento jurídico distinto de otros en los que la mujer embarazada decida libremente poner término al embarazo?**

<sup>20</sup> GARRIDO MONTT, Mario. El homicidio y sus figuras penales. Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1976, p. 11.

**4. Excepciones a la punibilidad del aborto**

**ANTONIO BASCUÑÁN**

La pregunta plantea incorrectamente la cuestión. No se trata de reconocer circunstancias excepcionales que fundamenten la impunidad del aborto, sino su plena licitud. Se trata de causas de justificación que generan efectos categóricos: no hay legítima defensa a favor del nonato ni hay ilicitud de la prestación auxiliar del profesional de salud bajo el derecho privado o público. Como se lo ha reconocido en Europa, conforme al orden de los derechos humanos: “el Estado se encuentra bajo una obligación positiva de crear un marco legal que habilite a una mujer embarazada para ejercer efectivamente su derecho de acceso a un aborto lícito” (ECHR. P. y S. v. Poland. Judgment of 30 October 2010, final 31 January 2013. Application No. 57375/08, § 99).

Existiendo sistema de plazo que hace lícita la interrupción del embarazo dentro del plazo legal, esas circunstancias son dos: el aborto terapéutico (pronóstico de peligro para la vida o la salud de la mujer) y el aborto embriopático (diagnóstico de grave malformación del embrión o feto). El fundamento de esas circunstancias es la inexigibilidad de la carga que representa el embarazo o la maternidad por encima del umbral que corresponde a la regla general de un embarazo, parto y maternidad. La necesidad de preverlas obedece a que las situaciones o su conocimiento pueden darse también después de vencido el plazo.

Si no existe un sistema de plazo que haga lícita la interrupción del embarazo dentro del plazo legal, a las dos circunstancias anteriores se añaden otras dos: el aborto criminogénico (diagnóstico de concepción asociada al abuso de la mujer) y el aborto socioeconómico (diagnóstico de riesgo grave para la estabilidad de la mujer y su núcleo familiar a consecuencia del embarazo y maternidad). La razón de esta última circunstancia es también la inexigibilidad. La razón de la otra es la manifiesta falta de asunción del embarazo.

Esto explica que la previsión de la autorización del aborto en casos de violación (supuesto específico de aborto embriopático) genere más controversia que el aborto terapéutico o embriopático. Reconocer la causal es aceptar el principio de la asunción como única justificación del deber de tolerar el embarazo. Aceptar ese principio es abrirse al sistema del plazo.

**4. Excepciones a la punibilidad del aborto**

**EDUARDO CHIA**

Optar por un modelo de permisos, plazos, o, por uno mixto, es un asunto que dependerá del grado de avance en las discusiones y decisiones de cada unidad política. Los Estados son autónomos para decidir mediante procedimientos democráticos cuál es el modelo, y en qué amplitud se satisfacen de mejor manera las exigencias y demandas de derechos de sus ciudadanos en atención a las particularidades y contextos de cada comunidad.

Dicho todo eso, en mi opinión, el sistema de plazos es el sistema que reconoce de manera óptima los derechos de las mujeres. Esto es así porque es el sistema de regulación que la reconoce como portadora de derechos y no condiciona su decisión a la autorización que pueda dar el Estado, sea mediante un juez, profesionales sanitarios o comisiones psicosociales. En estos sistemas basta la sola decisión autónoma de la mujer para la interrupción del embarazo. En términos penales, además, la conducta no es antijurídica y no opera el permiso o la causal de justificación como una excepción.

Los resguardos y exigencias sanitarias que pueden verificarse dentro de un sistema de plazos se fundan de modo preferente, aunque no exclusivo, en la protección de los derechos de las mujeres.

En general, el plazo máximo establecido para interrumpir el embarazo en estos modelos va desde la 12 a las 24 semanas de gestación. Una vez transcurridos estos plazos, la mayoría de los Estados han establecido distintas restricciones y condiciones a la interrupción del embarazo. Ello sería así porque podría resultar riesgoso para la salud, integridad y vida de una mujer abortar más allá del segundo trimestre y porque el nonato estaría en un estadio avanzado de gestación, lo que razonablemente genera un interés legítimo del Estado en resguardar dicho bien. Esto último, se concretaría en intensidad regulativa atendiendo el gradual desarrollo que va adquiriendo el feto. Con todo, para estos efectos, se ha entendido al nonato como un objeto de protección jurídica y las regulaciones que se han establecido han compatibilizado y ponderado los derechos de las mujeres con los deberes estatales de protección. Es decir, no se ha comprendido uno u otro con un efecto absoluto del *todo-o-nada*.

En ese contexto, el modelo de plazos no ha operado como una excepción en el ámbito comparado. De hecho, bajo distintas modalidades y extensión, es utilizado en la mayor parte de las democracias europeas, en EE.UU., Canadá y también en Australia. En Latinoamérica, Cuba, Uruguay y México (D.F.) optaron por este sistema mediante decisiones legislativas.

#### 4. Excepciones a la punibilidad del aborto

#### PATRICIA LAURENZO

El sistema de regla-excepción en materia de punibilidad del aborto (donde la regla es la prohibición), tiene el defecto de partida de dar preferencia a la vida prenatal frente a derechos tan básicos de la mujer embarazada como su dignidad, su integridad personal y su libertad, lo que contradice abiertamente todos los presupuestos valorativos sobre derechos humanos recogidos en la mayoría de las constituciones nacionales y en el derecho internacional. El reconocimiento generalizado de la dignidad personal y la libertad como derechos básicos de todas las personas y la proclamación en numerosos instrumentos internacionales de los derechos sexuales y reproductivos como parte del catálogo de derechos humanos deberían llevar a invertir totalmente el razonamiento a la hora de configurar el delito de aborto, de modo tal que se presente como un problema de límites al derecho –siempre preferente– de la mujer para decidir sobre su propia capacidad procreativa, como lo interpretó la Corte Suprema de los Estados Unidos de América a partir del famoso caso *Roe vs. Wade* (1973)<sup>21</sup>.

Con todo, hasta que se alcance ese nivel de reconocimiento institucional de la autonomía reproductiva de las mujeres, y sin renunciar a este objetivo en ningún caso, debe quedar clara la total falta de legitimidad de las legislaciones que prohíben el aborto de forma drástica y sin excepciones de ninguna clase. Los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal de la embarazada hacen imprescindible el reconocimiento, al menos, de tres excepciones a la punibilidad del aborto voluntario: las situaciones de riesgo para la vida o la salud de la mujer; los supuestos de embarazos originados en agresiones o abusos sexuales; y los casos de anomalías fetales graves. Los supuestos de anomalías incompatibles con la vida (cuando el feto es médicamente inviable) ni siquiera realizan el tipo penal del delito de aborto, ya que en tales situaciones no hay ningún bien jurídico a proteger, por lo que la punición de la mujer que en tal situación se somete a una interrupción del embarazo no solo es un atentado flagrante a su dignidad, sino que choca frontalmente con los principios básicos del derecho penal.

<sup>21</sup> Véase: SHAPIRO, Ian. DE LORA DELTORO, Pablo, y TOMÁS-VALIENTE, Carmen. La Corte Suprema de Estados Unidos y el aborto. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

**4. Excepciones a la punibilidad del aborto**

**M. MAGDALENA OSSANDÓN**

La situación de la mujer embarazada puede y debe ser considerada en la regulación del delito de aborto. Esta realidad es tan particular que parece adecuado que exista una penalidad disminuida en general respecto de la mujer embarazada, considerando que normalmente se encuentra en un estado de especial sensibilidad, que su embarazo la involucra de un modo radical, y que puede estar asociado a conflictos internos y externos, emociones profundas, etcétera. Además, ella va a sufrir en su cuerpo la intervención abortiva, con las consecuencias físicas y emocionales que suele traer consigo. De este modo quedarían compensadas las especiales obligaciones que, en el sistema jurídico penal, se le atribuyen a quien ostenta una posición de garantía frente a un bien jurídico (como es el caso de los padres en relación con sus hijos).

Además de esa menor penalidad general, es evidente que existen situaciones de excepción en que se debe prescindir de toda penalidad. Esto rige no solo para las figuras de aborto, sino que es una regla general para cualquier conducta tipificada como delito que sea realizada en condiciones de inexigibilidad. El sistema penal no exige conductas heroicas, por eso reconoce la especial influencia de los motivos que llevan a realizar una conducta, y establece ciertas causales de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta (miedo insuperable, fuerza irresistible, estado de necesidad exculpante, etcétera). Debido a su mayor incidencia en relación con el aborto, bien se podría estipular expresamente la operatividad de estas causales, para llamar la atención del juez sobre la necesidad de verificar con mayor celo si la mujer queda amparada por una de estas situaciones de inexigibilidad.

Pero lo anterior es bien distinto a lo que se pretende con la propuesta de reforma de nuestra legislación, en que se establece un verdadero derecho al aborto en ciertas situaciones especiales. De conformidad con lo argumentado previamente, entiendo que ese supuesto derecho atenta contra algunos de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como son el respeto por la dignidad humana, el valor que se le concede a la vida humana con independencia de su grado de desarrollo, viabilidad, intensidad, etcétera, y el principio de igualdad.

Estimo que la forma de afrontar este problema es procurando ofrecer a la mujer embarazada el acompañamiento y apoyo que su situación reclama, para evitar que ella se convierta en una víctima más de la violencia e injusticia que todo aborto lleva consigo.