



Cámara de Diputados

PROYECTO DE LEY QUE PROTEGE LA VIDA DE LA MUJER ANTE INTERRUPCIONES DE EMBARAZO EN CASOS QUE INDICA.

BOLETÍN N° 4845-11

1. Fundamentos.- En general a propósito de la discusión dogmática de la figura típica del aborto, la posición dominante asume que el bien jurídico protegido es la *vida dependiente*, o siguiendo la nomenclatura constitucional la *vida del que está por nacer*, a pesar de la ubicación sistemática en el Código Penal, “que se sitúa en un continuo previo a la protección que a la vida humana independiente dispensa el Código a través de las distintas formas de homicidio punible”¹. Tal criterio no ha sido siempre el mismo, autorizadas opiniones han sostenido que el interés tutelado es el *interés demográfico de la sociedad*². Otros, en cambio la han llevado a extremos inaceptables, como las opiniones que consideran el aborto un “atentado contra la integridad y la sanidad de la estirpe”, que caracterizaba al aborto como un atentado contra la raza, y así de la nación y el Estado”, o la opción sistemática bajo el nacionalsocialismo que postuló la inclusión del aborto dentro de los atentados contra “la raza y la herencia”, según la cual las personas de origen no alemán quedaban exceptuadas de la prohibición de aborto³.

Se ha pretendido defender la penalización del aborto argumentando que éste atenta contra el derecho a la vida. Sin embargo, el Estado chileno ha sido reconvenido en diversas oportunidades por organismos internacionales por mantener una legislación que prohíbe el aborto en todas sus formas. Esto se debe a que la prohibición absoluta atenta, precisamente, contra el derecho de la vida independiente de la mujer que, en determinadas circunstancias, se puede ver expuesta a un riesgo vital en caso de parir a la criatura producto de la gestación.

En efecto, la grave vulneración a los derechos humanos de las mujeres chilenas, que conlleva la penalización absoluta del aborto, como la obligación legal que afecta al personal de salud de denunciar a las mujeres que solicitan atención médica por complicaciones derivadas del aborto y los malos tratos que éstas reciben, ha sido permanentemente

¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*”, *Parte Especial*, p. 79, Editorial Jurídica de Chile, junio 2004.

² JIMENEZ DE ASÚA, Luis: “*Tratado de Derecho Penal*”, T. IV, p. 631, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1952; RIVACOBRA, Manuel: “*Programa Analítico de Derecho Penal*”, 4ª edición revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dálbora, Edeval 1997 también otra opinión ANTOLISEI, P.S., Tomo I., p. 25.

³ BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio: “*Derecho Penal Chileno*” *Parte Especial*, p. 137 y ss., 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

observada por diversos Comités de Naciones Unidas, encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados internacionales en derechos humanos.

A partir de 1999, los principales Comités han señalado al Estado de Chile en forma reiterada, las violaciones a los derechos de las mujeres que se están cometiendo al mantener la penalización absoluta del aborto. En 1999 se pronunciaron en este sentido el Comité de Derechos Humanos, organismo encargado de supervigilar el cumplimiento de Derechos Civiles y Políticos. En el caso de Chile, el Comité planteó que:

“La penalización del aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo el peligro sus vidas.. El Estado parte está en el deber de adoptar medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo..El Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones a la prohibición general de todo aborto”.⁴

En el año 2004 manifestaron su preocupación, formulando diversas recomendaciones el Comité contra la Tortura (CAT) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

En particular, se ha exhortado la modificación de la legislación vigente, a fin de permitir la realización de abortos en determinadas circunstancias, como la protección de la vida y la salud de las mujeres, inclusive salud mental, proporcionar abortos en condiciones de seguridad para las mujeres; reforzar las medidas orientadas a la prevención de embarazos no deseados como la ampliación del acceso a métodos anticonceptivos.

Se ha recomendado al Estado de Chile revisar las normas que imponen la denuncia de las mujeres que solicitan atención a las complicaciones derivadas de abortos, garantizando la confidencialidad de la atención médica, así como el tratamiento médico inmediato y sin condiciones a quienes lo requieren con emergencia eliminando la práctica de extraer confesiones que sirven de base a su enjuiciamiento criminal.

Transcurridos los años, los Comités de Naciones Unidas han pedido la revisión de la legislación punitiva, entre otras medidas, lo que ciertamente ha sido desoído por nuestro Estado, aún cuando la mantención de dicha penalización deriva en la muerte de mujeres por abortos inseguros. Pese a la falta de ratificación de algunos de estos convenios, ellos demuestran cuál es la postura que los distintos países del mundo han asumido en esta materia.

2. Historia legislativa.- Las disposiciones que regulan el delito de aborto en el Código Penal tienen una rara ubicación según lo dispuso la Comisión Redactora (apartándose del modelo Español) a esta clase de delitos situando los arts 342 y ss.⁵, en el título relativo a los

⁴ Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, “U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104, 3 de marzo de 1999, párrafo 15.

⁵ Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

crímenes y simples delitos atentatorios contra el *orden de las familias y la moralidad pública*⁶.

Entre los proyectos legislativos, el del Ministerio de Justicia 1950, dispone que este delito debe ser incluido entre los delitos contra las personas, más recientemente y sin mayores innovaciones se encuentra, el Anteproyecto de Código Penal, que en su título II, contempla los arts. 92 y ss.⁷, aportando al menos en la inclusión de una hipótesis de engaño y en la regulación de los actos preparatorios en este delito, sin optar por alguno de los modelos comparados en la materia.

En cuanto a la regulación constitucional, podemos remitirnos al artículo 19 N° 1 de la Constitución Política que establece que:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

⁶ Cfr., sobre sus alcances, ETCHEBERRY, Alfredo: "*Derecho Penal*", Parte Especial, T. III, p. 125, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998

⁷ Como se desprende del *Anteproyecto de nuevo Código Penal*, Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005; Elaborado por los profesores Jean P. Matus y Héctor Hernández Basualto, Ministerio de Justicia.

Art. 92. El que comete un aborto será castigado:

1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si ejerce violencia o intimidación en la persona de la mujer embarazada;

2°. Con la de reclusión menor en su grado máximo, si, no ejerciéndola, obra sin consentimiento de la mujer o lo obtiene mediante engaño;

3°. Con la de reclusión menor en su grado medio, si la mujer consiente; y

4°. Con la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si con violencias ocasiona un aborto, siempre que no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le conste.

Art. 93. La mujer embarazada que comete su aborto o consiente que otra persona se lo cometa, será castigada con reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Art. 94. Al facultativo que, abusando de su oficio, cometa un aborto o coopere a él, se le impondrán, respectivamente, las penas señaladas en el artículo 92, y la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo.

Art. 95. La tentativa y la frustración de los simples delitos comprendidos en los artículos anteriores de este párrafo son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicará la pena de este último.

“La Constitución asegura a todas las personas.

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

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

Para determinar el verdadero sentido y alcance de una disposición legal o constitucional, en este caso, podemos recurrir al espíritu de la ley que se manifiesta en la historia fidedigna de su establecimiento. Si revisamos las actas de la Comisión Ortúzar, resulta evidente que el constituyente plasmó en ellas la necesidad de entregar al legislador la regulación de situaciones particulares de despenalización del aborto. De esta forma, la protección de la vida del que está por nacer establecida en la Constitución reconoce excepciones y el legislador tiene el mandato expreso del constituyente de regular esas situaciones.

En este sentido, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estableció *"una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. En el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto"*.⁸

3. Derecho comparado.- En general, en lo más significativo pueden observarse dos posiciones en la materia desde la órbita comparada, el de las *indicaciones* y el *sistema del plazo*. El primero de ellos es el que rige actualmente en España, como se desprende de los arts. 144 y ss., del Código Penal Español de 1995, pues, mantuvo la pervivencia del antiguo art. 417 bis del Código de 1973, y que adopta, el Código Argentino⁹; en cuanto al segundo sistema rige en los sistemas de tradición anglosajona y en Francia, donde no se exige una investigación acerca de las causas del aborto al menos durante las tres primeras semanas del embarazo, considerándose en dichos países que en ese período corresponde a una decisión puramente personal de la embarazada la continuación o no del embarazo.

En Alemania se asume una posición mixta que comprende ambos sistemas no siendo punible la acción cometida con la voluntad de la mujer, por un médico y dentro del plazo de doce semanas desde la concepción, según se desprende del §218a del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*) incluyendo además la indicación por riesgo a la vida de la gestante y las hipótesis de violación. En Francia, el Código Penal de 1992, ha despenalizado todas las hipótesis de aborto voluntario causado por la mujer, aun fuera del plazo de doce semanas. El Código Penal de los países bajos, castiga en el art. 296, el *aborto provocatus*, no existiendo la incriminación para la mujer que intencionadamente provoca la interrupción o muerte del fruto de la concepción. Si la conducta se realiza por un médico dentro de los plazos y la forma que establece la ley sobre interrupción del embarazo (que

⁸ Comisionado Ortúzar, citado por Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986. (p. 146).

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en colaboración con SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro en: *"Derecho Penal"*, Parte General, p. 641, Parte General, Ediar, Buenos Aires 2002.

data de 1981) la conducta es impune, lo que se traduce en la legalización del aborto que se realiza por un médico que cumple las detalladas exigencias, incluyendo una “información responsable” a la mujer acerca de otras soluciones¹⁰.

4. Ideas matrices.- Es por estas razones que es necesario establecer un régimen que asuma las situaciones límite en que se encuentran las mujeres en aquellos casos en que existe riesgo para su vida o un grave deterioro de su salud o el feto presente malformaciones incompatibles con la vida, de manera de autorizar que interrumpan voluntariamente su embarazo por medio de un sistema que comprenda el sistema de las indicaciones. Como consecuencia de los razonamientos precedentes resulta indispensable atemperar las hipótesis de aborto actualmente reguladas, sin contemplar la hipótesis de riesgo para la gestante, atendida la lamentable supresión del antiguo art. 119 del Código sanitario, modificando varias de las disposiciones vigentes en el Código Penal.

Es por eso que sobre la base de los siguientes antecedentes, venimos en proponer el siguiente proyecto de ley:

Proyecto de Ley

Art. 1°.- Agréguese el siguiente inciso segundo al art. 345 del Código Penal:

“El aborto practicado por un médico cirujano con especialidad en Gineco-Obstetricia y con el consentimiento de la mujer, no será punible:

Si se ha realizado cuando exista un peligro para la vida de la madre o grave deterioro de su salud y se efectúe con posterioridad a la opinión fundada de tres médicos cirujanos especialistas en Gineco-Obstetricia;

Si se tratare de una menor o incapaz, será necesario el consentimiento de consuno con su representante legal”.

Art. 2°.- Modifíquese el art. 119 del Código Sanitario, agregando a continuación de la expresión “aborto” seguida de una “,” la siguiente frase “, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 345 del Código Penal”.

¹⁰ Cfr. con detalle, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, p. 80, Editorial Jurídica de Chile, junio 2004